Die Rechtswirksamkeit der Freizeichnungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken

(Fassung Januar 1969)

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Gert Ahner

aus Dresden

Göttingen 1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534926_0002

Die Rechtswirksamkeit der Freizeichnungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken

(Fassung Januar 1969)

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Gert Ahner

aus Dresden

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter : Professor Dr. Rinck
Mitberichterstatter : Professor Dr. Immenga
Tag der mündlichen Prüfung : 27. August 1975

Meinen Eltern und Hiltrud gewidmet

G l i e d e r u n g

		Seite
1.	Einleitung - Allgemeine Geschäftsbedingungen als Grundlage des Bankvertrages	1
1.1	Entstehung der AGB und ihre Bedeutung im Verhältnis Bank - Kundschaft	1
1.11	Entwicklungsgeschichte der Formularbedingungen im Bankgewerbe	2
1.12	AGB als außergesetzliche Normierung der Vertragsbeziehungen zwischen den Banken und ihren Kunden	4
1.121.	Motivation für die Aufstellung der Bank-AGB	5
1.122.	Bewertung gleichartiger Geschäftsbedingungen bei verschiedenen, rechtlich selbstständigen Kreditinstituten	13
1.123.	Eintritt der Rechtsverbindlichkeit der AGB	18
1.123.1	AGB im Rechtsverkehr mit der Nichtbankenkundschaft	18
1.123.2	AGB im Rechtsverkehr mit der Bankenkundschaft	27
1.2	Freizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	30
1.21	Verhältnis formularmäßig-vereinbarter Freizeichnungsklauseln zu den Generalklauseln aus §§ 134, 138 Abs.1, 157, 242, 315 Abs.3 BGB	31
1.211.	Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 157 BGB	39
1.212.	Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 134 BGB	41
1.213.	Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 138 Abs.1 BGB	42
1.214.	Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 242 BGB	46
1.215.	Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 315 Abs.3 BGB	47
1.22	Rechtsfolgen der Rechtsunwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln	49
2. - 9.	Rechtliche Beurteilung der Freizeichnungsklauseln der Banken im Einzelnen	52
2.	Haftung für Fehler im allgemeinen Geschäftsbetrieb der Banken oder der von diesen beauftragten Dritten	52

		Seite
2.1	Nr.1 Abs.3 AGB - Schäden bei Verwendung nicht-urkundenechter Schreibstoffe	52
2.2	Nr.4 Abs.3 AGB - Haftung bei Schreibfehlern	53
2.3	Nr.4 Abs.4 AGB - Verspätete Bearbeitung von Terminaufträgen	57
2.4	Nr.5, Nr.45 AGB, Nr.11 Scheckbedingungen - Prüfung von Urkunden	59
2.41	Unrichtigkeits- und Fälschungsrisiko gemäß Nr.5 Abs.1 AGB	60
2.411.	Exkurs: Unrichtigkeitsrisiko gemäß Art.9 ER	62
2.42	Legitimationsprüfung gemäß Nr.5 Abs.2 und 3 AGB	64
2.43	Einholung von Akzepten gemäß Nr.45 AGB	65
2.44	Fälschungsrisiko im Scheckverkehr gemäß Nr.11 Scheckbedingungen	66
2.5	Nr.6 AGB - Erteilung unklarer Aufträge	69
2.6	Nr.7 AGB - Fehlerhafte Ausführung von Aufträgen	71
2.7	Nr.8 Abs.1 AGB - Fehlerhafte Übermittlung von Aufträgen im Eilverkehr	73
2.8	Nr.25 AGB - Behinderung des Geschäftsbetriebes durch Verfügung von "hoher Hand" oder aus wichtigem Grund	76
2.9	Nr.9, Nr.36 Abs.1 AGB - Haftung für Fehler im Geschäftsbereich Dritter, derer sich die Bank zur Ausführung besonderer Aufgaben bedient	79
2.91	Abgrenzung der Haftungsbeschränkung in Nr.9 Abs.1 AGB	80
2.92	Abtretung der Haftungsansprüche	84
2.93	Haftung gegenüber ausländischen Stellen gemäß Nr.9 Abs.2 AGB	86
2.94	Depothaftung gemäß Nr.36 Abs.1 AGB und Zusammenfassung	88
3.	Nr.10 AGB - Freizeichnung für Rat und Auskunft	91
3.1	Begriffsbestimmung von Rat und Auskunft	92
3.2	Geltungsbereich der Klausel	93
3.21	.... gegenüber Kunden	94
3.22	.... gegenüber Nichtkunden	95
3.221.	Rechtsverhältnis zwischen Bank und Nichtkunden	95
3.222.	Auskunft an Nichtkunden mit Zusatz o.O. (ohne Obligo)	99

		Seite
3.3	Umfang der Haftung	101
3.31	Haftung für Repräsentanten	103
3.32	Haftung für Personal	106
3.4	Besondere Haftungsvoraussetzungen bei einzelnen Auskunftsarten	107
3.41	Solvenzauskünfte	107
3.42	Scheckauskünfte	109
3.43	"Börsentips" und andere Ratschläge	111
3.5	Bedeutung der schriftlichen Bestätigung	113
3.6	Haftung gegenüber dem Kunden, über den eine Auskunft erteilt wird	115
3.7	Unterlassung von Auskünften	116
3.8	Beweislastverteilung	117
3.9	Zusammenfassung	118
4.	Keine Übernahme besonderer Fürsorgemaßnahmen	119
4.1	Nr.11 AGB - Keine Verpflichtung der Bank zur Übernahme bestimmter, einen Bankvertrag flankierenden Nebenpflichten	119
4.2	Nr.37, Nr.38, Nr.39 AGB - Keine Verpflichtung zur Anlageberatung oder zur Wiederanlage des in Effekten angelegten Kapitals	121
4.21	Sonderhinweise zu Nr.37 AGB	123
4.22	Sonderhinweise zu Nr.38 AGB	124
4.23	Sonderhinweise zu Nr.39 AGB	125
4.3	Nr.19 Abs.6 AGB, Nr.21 Abs.2 AGB - Keine Haftung für Erhaltung und Sicherung der der Bank als Sicherheit übergebenen Sachen und Rechte	126
5.	Sorgfaltspflichten des Kunden	129
5.1	Nr.15, Nr.32 S.1 und S.3, Nr.35 S.2 AGB - Rechtzeitige Reklamation unrichtiger Mitteilungen der Bank	129
5.11	Sonderhinweise zu Nr.15 AGB	131
5.12	Sonderhinweise zu Nr.32 S.1 und 3 und Nr.35 S.2 AGB	137
5.2	Nr.16, Nr.32 S.2 und 3, Nr.35 S.2 AGB - Anzeigepflicht des Kunden gegenüber der Bank wegen Ausbleibens zu erwartender Mitteilungen	138
6.	Nr.23 AGB - Haftungsausschluß für die Folgen unerkannter Geschäftsunfähigkeit des Kunden	142

		Seite
7.	Nr.24 AGB - Haftungsausschluß für Verfügungen Nichtberechtigter über Konten verstorbener oder in ihrer Geschäftsführungsbefugnis beschränkter Kunden	146
8.	Besondere Freizeichnungen im Wertpapier-, Devisen- und Sortenhandel	149
8.1	Nr.31 Abs.1, Nr.35 S.2 AGB - Keine Gewähr für Ausführung von Börsenaufträgen am Tage ihres Eingangs	149
8.2	Nr.33 Abs.1 AGB - Keine Haftung wegen nichterfolgter Auslieferung gezeichneter Aktien durch die Aktiengesellschaft	150
8.3	Nr.33 Abs.3 AGB - Keine Haftung bei Verstoß des Kunden gegen § 71 AktG	152
9.	Nr.40 Abs.1 und Abs.2 AGB - Folgen verspäteter Vorlegung von Wechseln und Schecks	154
10.	Zusammenfassung	158

Literaturverzeichnis

Altjohann	Der Bankvertrag - Ein Beitrag zur Dogmatik des Bankrechts, Dissertation München 1962
Barchewitz-Nielsen	Das Bankrecht, 3. Auflage, Bleckede 1966
Bastian und Böhm	Schutz der Kaufleute vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1974, S.110 ff
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 21. Auflage, München 1974
Benisch	Anmerkung zu BGH v. 13. März 1956 WuW 1956, S.793 ff, in WuW 1956, S.795 f
Beuthien	Anmerkung zu BGH v. 29. November 1967 in JZ 1968, S.471 ff
Breit	Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäftsbedingungen, Bank A Bd.XI (1911), S.140 ff
Brüggemann, Fischer, Ratz Schilling, Würdinger	Großkommentar zum Handelsgesetzbuch (früher RGR-Kommentar), 3. Auflage, Berlin 1967 und folgende Jahre
v. Brunn	Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung von AGB, Verhandlungen zum 41. Deutschen Juristentag, Bd.II, E 40 ff
derselbe	Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflage, Köln und Berlin 1956
Bundesministerium der Justiz	Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe, Bonn, März 1974
Bundesministerium der Justiz	Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb Nr.39 aus 1974, Beilage 18
Consbruch	Revidierte "Allgemeine Geschäftsbedingungen" im Kreditgewerbe, BB 1969, S.9 f
Dietlein	Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1974, S.969 ff
Dove-Meyenstein	Gutachten über Handelsbräuche, erstattet von der Industrie- und Handelskammer Berlin, Berlin 1930
Duden und andere (Herausg.)	Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Dokumentation der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen, Karlsruhe 1972
Emmerich	Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1972, S.361 ff
Engel	Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren, Karlsruhe 1966

Esser	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1970
Fikentscher	Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin 1973
derselbe	Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen abdingbar ?, BB 1961, S.297 ff
Gieseke	Anmerkung zu KG v. 5. Juni 1924 in JW 1924, S.2048
v. Godin-Wilhelmi	Aktiengesetz, 3. Auflage, Berlin 1967
Götz	Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Bad Homburg v.d.H. 1968
Grunsky	Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft, BB 1971, S.1113 ff
Hagenmüller	Der Bankbetrieb, Bd.I bis III, 3. Auflage, Wiesbaden 1970
Haidinger	Unklarheitenregel bei der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, VersR 1955, S.370 f
Haupt	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipzig 1937
Held und andere	Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB Nr.26 aus 1974, Beilage 9
Hellner	Scheckbestätigung zwischen Kreditinstituten, Bank-B 1968, S.393
derselbe	Die Neufassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bank-B 1969, S.7 ff
Herlt	Die bargeldlose Gesellschaft, Die Welt vom 18. Juli 1970
Koch	Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Jena 1932
König	Ausgleichsansprüche bei Fehlüberweisungen im Girorecht, Dissertation Münster 1957
Kötz	Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd.I, A 1 ff
Lange	Anmerkung zu OLG München v. 11. März 1969, Sparkasse 1969, S.193
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1970
Liesecke	Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, S.214 ff, S.238 ff, S.286 ff, S.314 ff
derselbe	Die Haftungsausschlüsse der Kreditinstitute nach den AGB in der Praxis, WM 1970, S.502 ff

Liesecke	Die Sicherheiten der Bank nach Nr.19 ff AGB in der neueren Praxis, WM 1969, S.545 ff
Löwe	Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1973, S.585 ff
Lukes	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, S.1997 ff
Lukes und Isele	Grundprobleme der AGB, JuS 1961, S.301 ff
Mattern	Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Formularklauseln in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 1974, S.762 ff
Mauthe	Die Geschichte der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des privaten Bankgewerbes, Bank-B 1968, S.8 ff
Meeske	Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959, S.857 ff
Meyer-Cording	Das Recht der Banküberweisung, Tübingen 1951
Möhring	Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die AGB der Banken, NJW 1974, S.1689 ff
Müller-Henneberg und Schwartz	Gemeinschaftskommentar zum GWB und Europäischen Kartellrecht, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1972 - 1974
Nastelski	Zulässigkeit und Wirkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 1955, S.212 ff
N.N.	Anmerkung zu RG v. 28. Juli 1936, Bank A 1936, S.106 f
N.N.	Verbraucherschutz und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in Jahresbericht 1973/74 des Bundesverbandes deutscher Banken e.V., S.30 f
Obst-Hintner	Geld-, Bank- und Börsenwesen, 36. Auflage, Stuttgart 1967
Oertmann	Anmerkung zu RG v. 28. September 1933, JW 1933, S.2513
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 34. Auflage, München 1975
Pleyer und Battes	Geltung und Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr der Banken untereinander, Betrieb 1971, S.1289 ff
Räbel	Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken, ZKW 1969, S.62 f
Raiser, G.	Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1966

Raiser, L.	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, Neudruck Bad Homburg v.d.H. 1961
Rehbinder	Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972
RGR	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1950 - 1963
RGR (s.a. Brüggemann...)	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin 1967 - 1975
Rietschel	Anmerkung zu BGH v. 30. Oktober 1967 bei LM, § 31 BGB Nr.14
Rinck	Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1974
derselbe	Die Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung, WuW 1974, S.291 ff
Schaudwet	Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Berlin 1967
Schinnerer	Bankverträge, I. Teil, Wien 1957
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Berlin, Frankfurt 1960 - 1966
Schmidt-Salzer	Allgemeine Geschäftsbedingungen, München 1971
derselbe	Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1971, S.1010 ff
derselbe	Anmerkung zu BGH v. 3. März 1971, NJW 1971, S.1034 ff, in NJW 1971, S.1034 f
derselbe	Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit, NJW 1971, S.173 ff
derselbe	Allgemeine Geschäftsbedingungen - Bilanz und rechtspolitische Forderungen, Berlin 1973
Schoele	Das Recht der Überweisung, Berlin 1937
Schönle	Bank- und Börsenrecht, München 1971
Schütz	Bankgeschäftliches Formularbuch, 18. Auflage, Köln 1969
Sichtermann	Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Auflage, Frankfurt 1966
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 - 1971
Sontag	Die Geschäfts-Bedingungen im Verkehr der Banken und Bankiers mit ihrer Kundschaft, Bank A Bd.III (1903), S.181 ff
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. und 11. Auflage, Berlin 1954 - 1973
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auflage, Tübingen 1972

Steuer	Zur Problematik einheitlicher gesetzlicher Regelungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bank-Betrieb 1975, S.82 ff
Trinkner	Vorschlag einer Generalklausel zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Inhaltskontrolle), BB 1973, S.1501 f
Ungnade	Die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute im Verkehr mit dem Ausland, WM 1973, S.1130 ff
Vallenthin	Rechtsgrundlagen des Bankgeschäfts, Frankfurt 1974
Wahnbeck	Der besondere Vertreter der Bank (§ 30 BGB) im Rahmen der Haftung für Rat und Auskunft, Dissertation Göttingen 1933
Weber, H.	Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch den BGH, NJW 1972, S.1793 ff
Weber, W.	Grundfragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb 1970, S.2362 ff, S.2417 ff; Betrieb 1971, S.129 ff, S.177 ff
derselbe	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Recht der AGB, Sonderbeilage Nr.2 zu WM 1968 = WM I, S.720 ff
Wolff	Die Scheckanfrage, Sparkasse 1973, S.338 ff
Zahn	Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 4. Auflage, Berlin 1968

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen; durchweg die der privaten Banken
AGB-Sp	Allgemeine Geschäftsbedingungen der deutschen Sparkassen
AktG	Aktiengesetz v. 6. September 1965
AO	Reichsabgabenordnung v. 22. Mai 1931
AT	Allgemeiner Teil
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, Jahr und Seite
Bank A	Bankarchiv, Jahr und Seite bzw. Band und Seite
Bank-B	Bank-Betrieb, Jahr und Seite
BB	Betriebsberater, Jahr und Seite bzw. lfd. Nr. und Erscheinungsjahr
Betrieb	Der Betrieb, Jahr und Seite bzw. lfd. Nr. und Erscheinungsjahr
BG	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Band und Seite
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. August 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Band und Seite
BörsG	Börsengesetz i.d.F. v. 27. Mai 1908
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Band und Seite
d/a	documents against acceptance = Übergabe von Warenpapieren gegen Wechselakzept
DBB	Deutsche Bundesbank
d/p	documents against payment = Übergabe von Warenpapieren gegen Barzahlung
DR	Deutsches Recht, Jahr und Seite
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Jahr und Seite
ER	Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive, verfaßt von der Internationalen Handelskammer Paris, in der Revision 1962
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889 in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. Juni 1892 in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27. Juli 1957 in der Fassung v. 4. April 1974
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897
IHK	Internationale Handelskammer in Paris
IPR	Internationales Privatrecht
JuS	Juristische Schulung, Jahr und Seite
JW	Juristische Wochenschrift, Jahr und Seite
JZ	Juristen-Zeitung, Jahr und Seite
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung v. 10. Februar 1877 in der Fassung v. 20. Mai 1898
KWG	Gesetz über das Kreditwesen v. 10. Juli 1961
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring, Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer bzw. Stichwort und Entscheidungsnummer
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Jahr und Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Jahr und Seite
N.N.	nomen nescio
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGR	Reichsgerichtsräte
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band und Seite
SchG	Scheckgesetz v. 14. August 1933
Seuff.A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten; Band, Entscheidungsnummer und Seite
Sparkasse	Zeitschrift des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes e.V., Jahr und Seite
VerglO	Vergleichsordnung v. 26. Februar 1935
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung; Jahr und Seite
WG	Wechselgesetz v. 21. Juni 1933

WM	Wertpapier-Mitteilungen, Jahr und Seite
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Jahr und Seite
Z.	Ziffer
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, Jahr und Seite

1. Einleitung - Allgemeine Geschäftsbedingungen als Grundlage des Bankvertrages

Allgemeine Geschäftsbedingungen als Gestaltungsfaktor von Rechtsgeschäften des Produktions-, Handels- und Dienstleistungsgewerbes stehen im Mittelpunkt der gegenwärtigen Rechtsdiskussion. Als Beispiele einseitiger Haftungsregelungen werden dabei besonders die Freizeichnungsklauseln innerhalb der Geschäftsbedingungen bestimmter Kaufunternehmen wie auch die des Kreditgewerbes genannt. [1] Mit der vorliegenden Arbeit sollen daher die Haftungsausschlußklauseln aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen des privaten Bankgewerbes - ferner mit AGB bezeichnet - anhand des geltenden Rechts auf ihre Wirksamkeit als bestimmendes Element eines Bankvertrages untersucht werden, um einen Überblick über das wirkliche Maß der Beeinträchtigung von Kundeninteressen durch diese Bedingungen zu vermitteln.
Bevor der Maßstab der anerkannten Rechtsnormen an den einzelnen Klauseln der AGB angelegt werden kann, erscheint es notwendig, in den nachfolgenden Vorbemerkungen einerseits die Entwicklung dieser weit in das Rechtsverhältnis Kunde - Bank eingreifenden Formularbedingungen darzulegen, andererseits die von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Bewertung solcher, von den dispositiven Bestimmungen des geltenden Gesetzesrechts abweichender Klauseln aufzuzeigen.

1.1 Entstehung der AGB und ihre Bedeutung im Verhältnis Bank - Kundschaft

Allgemeine Geschäftsbedingungen - das sind von einer Vertragspartei aufgestellte, für eine Vielzahl von Verträgen

---

1) S.a. Steuer, Zur Problematik einheitlicher gesetzlicher Regelungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bank-B 1975, S.82; Angriffe gegen AGB-Banken s.u. 1.121. S.6 ff

mit wechselnden Gegenvertragsparteien als bindender Vertragsinhalt vorgesehene Klauseln, die in dem Vertragsformular selbst enthalten sind oder auf die Bezug genommen wird, oder die sogar ohne jegliche Verweisung Vertragsinhalt werden [1] - sind aus dem gegenwärtigen Rechtsverkehr nicht mehr wegzudenken. Insbesondere im Verhältnis zwischen Kreditinstituten und ihrer Kundschaft haben die AGB einen derart festen Platz gefunden, daß ihre Existenz heute bei allen am Geschäfts- und Rechtsverkehr teilnehmenden Personen als bekannt vorausgesetzt werden kann [2]. Der beinahe einhundert Jahre währende Gebrauch besonderer Regulative im Geschäftsverkehr mit ihrer Kundschaft hat in nicht geringer Weise zum herrschenden Bekanntheitsgrad der AGB beigetragen.

1.11 Entwicklungsgeschichte der Formularbedingungen im Bankgewerbe

Die Ursprünge des Gebrauchs allgemeiner Geschäftsbedingungen im Bankgewerbe finden sich im ausgehenden 19. Jahrhundert [3]. Diese Zeit, die von einer raschen industriellen und kommerziellen Entwicklung gekennzeichnet war, brachte auch dem Bankgewerbe eine Expansion der Geschäfte und Dienstleistungen in bis dahin nicht gekanntem Ausmaß. Dieser Umstand führte dazu, daß das bis dahin von individuellen Beziehungen zwischen Bankier und Kunden geprägte Vertrauensverhältnis immer mehr die Züge eines unpersönlichen, den Gesetzen von Normierung und Rationalisierung unterworfenen Geschäftsverhältnisses annahm. Der Zug zur Vereinheitlichung der Geschäftsabläufe innerhalb der verschiedenen Banksparten führte zunächst bei einigen Instituten zur Aufstellung sogenannter Regulative, die, in das Kontobuch des Kunden ein-

---

1) Begriffsbestimmung s. "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB", Herausg. Bundesministerium der Justiz, § 1 in Betrieb Nr.39 aus 1974, Beilage 18

2) BGH v. 18.6.1971 LM, AGB der Banken-Allgemeines Nr.4 m.w.N.

3) Ausführlicher Geschichtsabriß der AGB bei Mauthe, Geschichte der AGB des privaten Bankgewerbes, Bank-B 1968, S.8 ff.

gedruckt, bestimmte banktechnische und kaufmännische Fragen wie beispielsweise Zinssätze, Kündigungsfristen und anderes regelten [1]. Die Akzeptierung dieser Regulative durch den jeweiligen Kunden galt mit Annahme des Kontobuches stillschweigend als erfolgt.
Die ersten auf besondere Blätter gedruckten, ebenfalls allein dem kaufmännischen Sektor zuzurechnenden Klauseln wurden unter der Bezeichnung "Geschäfts-Bedingungen" von den Berliner Großbanken herausgegeben. So erschienen die "Geschäfts-Bedingungen" der Deutschen Bank und die der Diskonto-Gesellschaft im Jahre 1886 mit 11 Einzelziffern; die Nationalbank für Deutschland bediente sich einer solchen, ebenfalls 11 Klauseln enthaltenden Regelung seit 1891 ebenso wie die Dresdner Bank, die mit 5 Klauseln auskam [2].

Mit Inkrafttreten verschiedener gesetzlicher Bestimmungen wie des Preußischen Stempel-Steuer-Gesetzes im Jahre 1895, des Börsengesetzes im Jahre 1896 und des Bürgerlichen Gesetzbuches sowie des Handelsgesetzbuches im Jahre 1900 erhielten die Geschäfts-Bedingungen der größeren Banken auch den Charakter von Rechtsaussagen; deren einmalige Annahme durch Unterschriftsleistung des Kunden bei Eröffnung der Geschäftsbeziehungen setzte erstmals außerhalb des Gesetzes rechtsordnende Normen nicht nur für den vorliegenden Vertrag, sondern für eine unbestimmte Zahl zukünftiger Rechtsgeschäfte in Geltung [3]. Der Beginn des Prozesses der Vereinheitlichung der Geschäfts-Bedingungen bei den deutschen Bankinstituten begann im Jahre 1912 mit Herausgabe der ersten Auflage des "Bankgeschäftlichen Formularbuchs" durch die berufsständische Organisation der Banken und Bankiers, des "Centralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes e.V.". Die in diese Sammlung bankgebräuchlicher Vertragsmuster aufgenommene Fassung "Allgemeiner Geschäftsbedin-

---

1) Muster eines Regulativs s. bei Koch, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, S.246
2) Sontag, Die Geschäfts-Bedingungen im Verkehr der Banken und Bankiers mit ihrer Kundschaft, Bank A Bd.III, S.181
3) Schaudwet, Bankenkontokorrent und Allgemeine Geschäftsbedingungen, S.12

gungen" machte sich in den folgenden Jahren ein immer weiter werdender Kreis privater Banken zueigen. Seit dem Jahre 1937 schließlich wurden die von verschiedenen Fachkommissionen der Berufsvereinigung revidierten AGB bei fast allen Mitgliedern des Centralverbandes benutzt.

Die in der Nachkriegszeit von der Nachfolgeorganisation des Centralverbandes, des "Bundesverbandes des privaten Bankgewerbes e.V." an den AGB aufgrund der Fortentwicklung der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten vorgenommenen Veränderungen führten schließlich zu ihrer letzten Fassung, die seit dem 1. Januar 1969 im Bereich der privaten Banken allgemein Verwendung findet [1].

Die AGB der Sparkassen wie auch die der genossenschaftlichen Kreditinstitute haben eine ähnliche Entwicklung durchgemacht. Heute unterscheiden sich die Formularklauseln dieser Verbände bei abweichendem redaktionellen Inhalt sachlich nur in wenigen Punkten von denen der Banken [2], [3].

1.12 AGB als außergesetzliche Normierung der Vertragsbeziehungen zwischen den Banken und ihren Kunden

Ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen haben die Banken eine Präambel vorangestellt, die sich bereits in der Fassung von 1937 an dieser Stelle befand und die den Zweck der Zugrundelegung der Formularklauseln in dem Rechtsverhältnis zu ihren Kunden wie folgt beschreibt:

> Das Geschäftsverhältnis zwischen Kunden und Bank ist ein Vertrauensverhältnis. Die Bank stellt ihren Kunden ihre Geschäftseinrichtungen zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung. Der

---

1) Dsgl. bei der Bank für Gemeinwirtschaft, die nicht Mitglied des Bundesverbandes ist.

2) Aufstellung über alle in Deutschland von Kreditinstituten aufgestellten AGB bei Baumbach-Duden, Anh.II nach § 406; die AGB der Banken auch in Loseblattsammlung "Wirtschaftsgesetze" (Beck Verlag München) unter Nr.25

3) Ebenfalls vergleichbar in Aufbau und Inhalt sind die AGB der im österreichischen Bankenverband zusammengeschlossenen Institute - vgl. Schinnerer, Bankverträge, I. Teil, Anhang

> Kunde darf sich darauf verlassen, daß die Bank seine Aufträge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erledigt und dabei das Interesse des Kunden wahrt, soweit sie dazu im Einzelfall imstande ist. Die Mannigfaltigkeit der Geschäftsvorfälle, ihre große Zahl und die Schnelligkeit, mit der sie zumeist erledigt werden müssen, machen die Aufstellung bestimmter Regeln erforderlich, an die sich beide Teile zu halten haben. Nur so können Kunde und Bank wissen, was unter ihnen rechtens ist. Nur so können die beiderseitigen Belange und Risiken sowie die Entgelte des Kunden für die Leistungen der Bank in angemessener Weise gegeneinander abgewogen werden [1].

1.121. Motivation für die Aufstellung der Bank-AGB

Aus obiger, den einzelnen Klauseln der AGB vorausgehender Erklärung lassen sich drei Gründe für die Aufstellung der Formularbedingungen herausfiltern:

1. Das Gesetzesrecht soll durch diese speziell auf das Bankgeschäft abgestellten Regeln ausgefüllt und, soweit es dispositiven Charakter hat, modifiziert werden [2].
2. Der Geschäftsbetrieb soll durch einheitliche Behandlung gleichartiger Rechtsgeschäfte zwischen Bank und Kunden rationalisiert werden [3].
3. Das Geschäftsrisiko soll, den besonderen Verhältnissen eines Universalbankbetriebes angepaßt, abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen verteilt werden [4] [5].

Obwohl unstreitig das dispositiv-gestellte Gesetzesrecht wie auch die durch Art.2 Abs.1 GG verbürgte Vertragsfreiheit [6] den Herausgebern von AGB und folglich auch den Banken grundsätzlich die Aufstellung und den Gebrauch von allgemeinen Geschäftsbedingungen gestattet [7], sind gegen die

---

1) Ebenso die Präambel der AGB der Genossenschaftsbanken; redaktionell und sachlich leicht abweichend die der AGB-Sp.
2) Vallenthin, Rechtsgrundlagen des Bankgeschäfts, S.33
3) Barchewitz-Nielsen, Bankrecht, S.38
4) Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, S.1 Z.2
5) Diese Begründungen wurden mit unterschiedlicher Priorität auch von anderen AGB-Aufstellern angezogen - s. Fikentscher, Schuldrecht, S.99
6) BVerwGE 1, S.321 ff, 322 f; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn.160
7) Keine Kontrolle der AGB der Banken durch die Aufsichtsbehörde - vgl. Rinck, a.a.O., Rdn.264

Realisierung dieser rechtlichen Möglichkeit auf der Basis der oben aufgeführten Beweggründe verschiedene, nachfolgend zu erörternde Einwände erhoben worden. Ein großer Teil der den AGB allgemein und damit auch den Bankbedingungen entgegengebrachten Kritik scheint seinen Ansatz darin zu haben, daß die Erstellung von AGB in der Vergangenheit überwiegend und vielfach auch noch heute allein von deren Verwendern bewirkt wird und diesen daher überwiegend oder sogar ausschließlich Rechtsvorteile gegenüber den Kunden bei Abwicklung des Vertragsverhältnisses zufallen. Freilich sind solche Auswüchse aufgrund einer konsequenten, sich laufend präzisierenden Rechtsprechung wie auch aufgrund der Einsicht eines großen Teils der AGB benutzenden Unternehmen und Verbände in dieser Zeit in immer geringerem Maße feststellbar, denn nicht wenige Aufsteller der zur Rede stehenden Klauseln sind bestrebt, eine ausgewogenere Verteilung der die Vertragsparteien begünstigenden Rechte - teilweise unter Hinzuziehung von Verbraucherschutzgemeinschaften, Kundenvertretungen und anderen Interessenvereinigungen [1] - in den AGB zu verankern. Dennoch sind, wie die auch heute noch häufigen Gerichtsentscheidungen andeuten, Bedenken gegen diverse AGB nach wie vor angebracht.

Abgesehen von Einwänden gegen konkrete Klauseln in den AGB der Banken ist die Notwendigkeit der Aufstellung und des Gebrauchs dieser AGB grundsätzlich mit folgenden Thesen bestritten worden:

1. Mangels einer gesetzlichen Fassung des speziellen Schuldverhältnisses "Bankvertrag" bedürfe es als Ersatz ebensowenig einer genormten privatrechtlichen Vereinbarung zwischen Bank und ihren Kunden in diesem Rechtsbereich. Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB wie auch die grundsätzlichen und speziellen Normen des Schuldrechts (zum Beispiel § 675 BGB)

---

1) so im Fall BGHZ 20, S.164 ff, 167; S.a. L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S.46 f.

reichten durchaus zur Regelung des Rechtsverhältnisses der an Bankgeschäften beteiligten Parteien aus. In Fällen mit außergewöhnlicher Sachlage sei es den Kontrahenten darüberhinaus unbenommen, eine der besonderen Situation angemessene Individualabrede dem Vertrag zugrunde zu legen [1]. Dieser Ansicht ist die Zustimmung zu versagen. Wenn im besonderen Teil des Schuldrechts ein Abschnitt fehlt, der die Rechtsbeziehungen der in Bankverträgen gegenüberstehenden Parteien regelt, so heißt das sicher nicht, daß derartige Vorschriften überflüssig wären, weil ja auch die allgemeinen Gesetze für solche Schuldverhältnisse Anwendung finden könnten. Immerhin hat sich der Gesetzgeber nicht damit begnügt, das deutsche Obligationenrecht nur mit Generalklauseln und allgemeinen Grundsätzen für sämtliche Vertragsarten auszufüllen, sondern er hat neben diesen durchaus notwendigen, der rechtlichen Orientierung dienenden Leitsätzen spezielle Vertragsnormen wie etwa die des Kaufrechts, Mietrechts und Schenkungsrechts gesetzt. Die Herausbildung bestimmter Sonderregelungen für einzelne Schuldverhältnisse kann darauf zurückgeführt werden, daß die Väter des BGB einerseits die Interessenlage der Parteien, die bei Erfassung des Rechtsgeschäfts nur von den allgemeinen Vorschriften die Gefahr der Unausgewogenheit in sich geborgen hätte, auf die jeweilige Natur des Rechtsgeschäftes ausrichten wollten [2], andererseits die am häufigsten vorkommenden obligatorischen Geschäfte als Grundtypen der Schuldverhältnisse verstanden haben wollten [3]. Unter Berücksichtigung des Ende vergangenen Jahrhunderts bestehenden Erkenntnisstandes ist einzusehen, warum das Bankrecht ähnlich wie das Versicherungsrecht nicht eine besondere Regelung

---

1) Emmerich, Die Problematik der AGB, JuS 1972, S.362
2) v. Staudinger-Ostler, Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vorbem. § 433 Rdn.1 zur Sonderregelung Kaufrecht
3) v. Staudinger-Ostler, a.a.O., Einl. § 433, Rdn.5

im BGB fand : der Gedanke an ein sich ausweitendes, breite Bevölkerungskreise tangierendes Bankgeschäft lag zu fern, als daß man Normen für Verträge eiusmodi in das Gesetzeswerk hätte aufnehmen müssen; den wenigen, in Bankgeschäften kontrahierenden Parteien - in der Regel beidseitig Kaufleute - konnten die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Verbindung mit Individualabreden durchaus dienen. Eine ausgeglichene Interessenlage blieb dabei gewahrt.

Die heutige Situation ist indes nicht mit der der Jahrhundertwende zu vergleichen. Die Struktur der Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen Banken und ihrer Kundschaft hat sich seitdem dahin entwickelt, daß nun beinahe jede geschäftsfähige Person vertraglich mit einem Kreditinstitut verbunden ist [1]. Durch die Quantität derartiger Rechtsverhältnisse hat das Bankrecht eine Bedeutung erlangt, die an sich dazu führen müßte, es als Grundtyp eines bestimmten Schuldverhältnisses in den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu verankern. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Interessenausrichtung der an Bankverträgen beteiligten Parteien - wie später dargelegt wird - nicht immer dem Leitbild der allgemeinen Bestimmungen des BGB entspricht [2].

Während also der Weg, die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute durch ein die besonderen Verhältnisse des Bankrechts berücksichtigendes Gesetz zu ersetzen, durchaus denkbar erscheint, muß einer Ausschaltung der AGB durch Vereinbarung von Individualbedingungen auf der Grundlage des bereits bestehenden Rechts - jedenfalls im Bereich der Mengengeschäfte - grundsätzlich der Erfolg versagt bleiben. Die große Zahl der zwischen Bank und ihren Kunden bestehenden Rechtsverhältnisse nämlich lassen praktisch weder eine Aushandlung

---

1) Liesecke, Das Bankguthaben in Gesetzgebung und Rechtsprechung, WM 1975, S. 219

2) Steuer, Zur Problematik einheitlicher gesetzlicher Regelungen ..., Bank-B 1975, S. 82; Esser, Schuldrecht, § 13 I 1

von Vertragsbedingungen im Einzelfall zu, noch könnte von dem Bankpersonal bei jedem Geschäftsvorfall - wie zum Beispiel bei der Ausführung eines Überweisungsauftrages - verlangt werden, die mit dem betreffenden Kunden vereinbarte Individualabrede zu beachten [1]. Ein solches Verlangen würde zum technischen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebes jeder Bank führen.
Es ist also festzustellen : Da der Gesetzgeber das Bankrecht als besonderes Schuldrecht nicht normiert hat und somit der in diesem Bereich vorherrschenden, besonderen Interessenlage nicht Rechnung getragen hat, ist eine privatrechtliche, normierte Regelung, die die Rechte und Pflichten der Parteien in Rechtsbeziehungen bankmäßiger Art festlegt, weder überflüssig [2] noch von vornherein rechtswidrig.

2. Als Argument gegen die Motivation der AGB-Aufsteller, durch deren regelmäßige Anwendung im täglichen Geschäftsverkehr einen bedeutenden Rationalisierungseffekt zu erreichen, wird vorgetragen : Die Rationalisierung des Geschäftsbetriebes , den die Banken durch die aus der Verwendung ihrer AGB resultierende einheitliche Behandlung aller Geschäftsvorfälle anstreben, könne nicht hingenommen werden, da dieser Effekt allein auf Kosten aller ihrer Vertragspartner erzielt werde [3].
Dieser Antithese fehlt ebenfalls die Stichhaltigkeit. Wie oben bereits ausgeführt, zöge eine mit jedem Kunden für seine Bankgeschäfte getroffene Sonderabsprache eine Lähmung des Geschäftsbetriebes nach sich. Selbst wenn man, wie Emmerich [4] meint, davon ausgeht, daß sich über

---

1) So auch Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 5a, S. 99, am Beispiel des Versicherungsvertrages
2) Schütz, a.a.O., S. 1 Z. 2
3) Emmerich, a.a.O., S. 362 ; vielfach auftauchende Argumentation, oft jedoch differenzierter als bei Emmerich : s.a. Esser, Schuldrecht, § 13 I 1; Fikentscher § 26 V 5d, S.103
4) Emmerich, a.a.O.

kurz oder lang aus den Individualabreden ein Normaltypus eines Bankvertrages entwickeln würde, so ist doch damit nicht gesagt, daß alle oder auch nur ein überwiegender Teil der Bankenkundschaft diesen Regelvertrag akzeptieren würde. Schon eine Gruppe von wenigen Prozent der Gesamtkunden, die eigene Vorstellungen in den Bankvertrag einbringen würden, könnte allein den technischen Zusammenbruch oder doch wesentliche Verzögerungen im Bankenapparat bewirken, denn jeder Geschäftsvorfall müßte zunächst zu einer Untersuchung darüber führen, ob der betreffende Kunde den Normaltyp des Bankvertrages oder eine Sondervereinbarung geschlossen hätte; im letzten Fall wäre diese dann anschließend auf besondere, den zu bearbeitenden Vorgang betreffende Vereinbarungen zu überprüfen.
Ebenso wie der Rationalisierungseffekt durch die AGB einerseits auf Kosten der Individualbehandlung der Kunden gehen soll, ginge andererseits diese gewünschte Individualbehandlung gerade zu Lasten aller Kunden, auch derer, die einen Regelvertrag, also auch Formularklauseln, unterschrieben hätten. Diese Überlegung führt unter Abwägung der geschilderten Interessenlagen daher unausweichlich zur Befürwortung von AGB als Rationalisierungsfaktor [1].

3. Schließlich wird den Banken ihre AGB-Motivation der Umverteilung des Geschäftsrisikos unter Hinweis darauf bestritten, daß von der haftungsbezogenen Interessenabwägung, wie sie das BGB allgemein für alle Schuldverhältnisse festgeschrieben habe, in Formularverträgen nur bei Vorliegen besonderer sachlicher Gründe abgegangen werden dürfe [2]. Solche Gesichtspunkte ergäben sich bei

---

1) Ebenso Möhring, Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die AGB der Banken, NJW 1974, S.1689, 1690

2) So die Kritik von Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, S.25 f, und W. Weber, Grundfragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Betrieb 1971, S.181, generell gegenüber AGB; ebenfalls BGHZ 22, S.90 ff, 95; 41, S.151 ff, 154 f

Betrachtung des Bank-Kunden-Verhältnisses jedoch nicht.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Den Kreditinstituten obliegt die Verwaltung erheblicher Werte, die sie im Auftrag ihrer Kunden aufzubewahren, anzulegen oder zu transferieren haben. Es wird verlangt, daß diese Dienstleistungen schnell, sorgfältig und vor allem sicher erbracht werden. Als Gegenleistung ist der Auftraggeber jedoch regelmäßig nur bereit, der Bank Provisionen in Höhe des Bruchteils eines Prozentes des Auftragswertes zuzugestehen [1]. Die hieraus entstehenden Erträge der Banken erreichen jedoch nicht im Mindesten die Höhe, die notwendig wäre, um den im positiven Recht gesetzten Haftungsmaßstäben gerecht zu werden [2]. Aus dieser Situation heraus bieten sich zwei Alternativen an: Durch AGB wird entweder eine der Interessenlage zwischen Bank und Kundschaft mehr entsprechende Haftungsverteilung als im BGB vorgesehen geschaffen, oder den Kreditinstituten wird die Erhebung eines Risikozuschlages, dessen Höhe abhängig ist von der Art und dem Umfang des Auftrags, zugebilligt. Das Engagement, mit dem in jüngster Vergangenheit die Diskussion zum Thema "Bankgebühren" geführt wurde [3] (selbst dem gemeinwirtschaftlichen oder genossenschaftlichen Prinzip verbundene Institute waren in den Jahren 1971 - 74 gezwungen, wegen der allgemeinen Kostensituation eine "Kontoführungsgebühr" zu erheben), läßt kaum den Schluß zu, daß eine Gebührenerhöhung die Zustimmung der Bankbenutzer finden würde [4]. Die Umver-

---

1) Schütz, a.a.O., S.1 Z.2
2) Möhring, a.a.O., S.1690
3) Aus der Vielzahl von Beiträgen zu diesem Thema siehe anstatt anderer: Leitartikel v. Rudolf Herlt, Die bargeldlose Gesellschaft, Die Welt v. 18.7.1970; Stellungnahme der Bundesregierung zur Einführung von Kontenführungsgebühren bei den Kreditinstituten, Bank-B 1972, S.76, 176
4) Daher führt auch der Vorschlag von Kötz (im Anschluß an Schmidt-Salzer, AGB 1971, S.116; Rehbinder, a.a.O., S.26), Welche gesetzgeberischen Maßnahmen..., Verhandlungen 50. DJT, Bd.I, A 28, nicht weiter, der den Kunden zwei unterschiedliche Haftungsrahmen zur Auswahl anbieten will: Einer höheren Gebühr des Kunden soll eine weitergehende Haftung der Bank entsprechen. Abgesehen davon, daß nach der bisherigen Kritik an den Bankgebühren nicht damit zu rechnen ist daß ein nennenswerter Teil der Bankkundschaft dieses Angebot akzeptieren würde, würde diese Zweigleisigkeit gerade dem Gedanken der Rationalisierung des Massengeschäfts widersprechen.

teilung der gesetzlichen Haftungsregeln als einzig gangbarer Weg wird daher auch zu einer in beidseitigem Interesse liegenden Maßnahme.
Nun darf eine Haftungsregelung, die der gegenüber dem Gesetz veränderten Interessenlage zwischen Bank und Kunden angepaßt ist, freilich nicht dazu führen, daß sich die AGB-Verwender ihrer gesetzlichen und so auch in der Präambel zu den AGB ausgesprochenen Verpflichtung entziehen können, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei Bearbeitung der Kundenaufträge außer acht zu lassen oder sogar bewußt gegen die Weisungen ihrer Vertragsparteien zu verstoßen. Eine dahingehende Freizeichnung würde den Geboten von Treu und Glauben zuwiderlaufen und wäre durch nichts, auch nicht durch das oben vertretene Preisargument zu rechtfertigen [1].

Schließlich läßt sich noch ein weiteres Argument anführen, auf Grund dessen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Vorzug vor Individualverträgen im Geschäftsverkehr mit Banken zu geben ist. Die Vereinbarung der Modalitäten eines Einzelvertrags läßt sich nicht ohne vorausgehende Erörterung diverser Eventualfälle denken. Ist die Bank beispielsweise interessiert, eine Freizeichnung ihrerseits für unter Einfluß von Geistesstörungen vorgenommene Kapitalverfügungen eines Kunden, wie sie in Nr. 23 AGB vorgesehen ist [2], für den Einzelfall zu erreichen, so muß sie in den Vertragsverhandlungen den Kunden damit konfrontieren, daß sie eventuell mit dem Auftreten einer Psychose bei ihm rechnet. Eine solche, auch nur theoretische Erörterung würde - als Taktlosigkeit empfunden - in nicht wenigen Fällen eine zukünftige vertrauensvolle Zusammenarbeit stören oder gar verhindern. Die gleiche Regelung in AGB hat dagegen erfahrungsgemäß keinen Einfluß auf die Beziehungen zwischen Bank und Kunden,

---

1) BGHZ 22, S.90 ff, 98; 33, S.216 ff, 219; Fikentscher, a.a.O., § 26 V 5d, S.103
2) s.u. 6., S.142 ff

denn sie wird von letzteren doch wohl allein abstrakt begriffen [1].

Das Beispiel und die begründete Motivation der Banken zu ihren AGB zeigen, daß genormte, privatrechtliche Vereinbarungen über die Rechtsbeziehungen zwischen Kreditinstituten und Kunden der Interessenlage beider Seiten durchaus gerecht zu werden vermögen und daher kein Anlaß für eine grundsätzliche Ablehnung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute gegeben ist.

1.122. Bewertung gleichartiger Geschäftsbedingungen bei verschiedenen, rechtlich selbständigen Kreditinstituten

Wie bereits oben ausgeführt, macht der überwiegende Teil der im Bankenverband zusammengeschlossenen Geldinstitute die Bank-AGB zur Grundlage aller von ihnen abgeschlossener branchentypischer Verträge; bei Sparkassen und genossenschaftlichen Kreditinstituten ist eine entsprechende Praxis zu vermerken. Da die Verbände ihren zugehörigen Mitgliedern fertig formulierte AGB zwar zur Benutzung zur Verfügung stellen, ihre Verwendung jedoch jedem Institut freistellen, ist grundsätzlich eine Abbedingung der AGB und die Aufnahme von Individualvereinbarungen in ein Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kunden möglich, ohne daß der einen solchen Kontrakt schließenden Bank ein Verstoß gegen ihre Mitgliedspflicht ihrem jeweiligen Interessenverband gegenüber nachgesagt werden könnte. Eine etwa von einem Kunden gewünschte Sonderabrede, durch die ein bestimmter Teil der AGB für ein dementsprechendes Bankgeschäft abgeändert werden soll, wird jedoch von Kreditinstituten nur akzeptiert werden, wenn besondere Umstände wie etwa ein herausragender Umfang des Geschäftes die Annahme rechtfertigen [2]. Das versteht sich daher, weil der Aufwand der Bank, der bei

---

1) Haupt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, S.73

2) Hagenmüller, Bankbetrieb II, S.200

Beachtung gesondert ausgehandelter Bedingungen für Geschäfte geringerer Größenordnung betrieben werden müßte, regelmäßig in keinem Verhältnis zu den daraus erwachsenden Erträgen stehen würde [1]. Im Normalfall bietet sich daher für den an einer Bankverbindung Interessierten bezüglich der AGB allein die Wahl zwischen den Alternativen: "take it or leave it" [2].

Dies vorausgeschickt stellt sich jedoch die Frage, ob eine derartige Beschränkung der zukünftigen Bankkunden in ihrer Abschlußfreiheit für Bankverträge, wie sie durch die Verwendung gleicher oder doch immerhin ähnlicher AGB durch alle Kreditinstitute praktisch gegeben ist, im Rahmen unserer Rechtsordnung noch für zulässig erachtet werden kann. Der sich hier zwischen Kreditinstituten und ihren Kunden ergebende Konflikt betrifft den Grundsatz der Vertragsfreiheit [3], wie er allen am Rechtsleben teilnehmenden Personen garantiert wird. Das von den beteiligten Vertragsparteien aus ihrer jeweiligen Interessensituation heraus angestrebte Ziel, möglichst weitgehend auf den Inhalt des beabsichtigten Vertrages Einfluß zu nehmen und mit dem Kontrahenten abzuschließen, der den eigenen Forderungen am weitesten entgegenkommt, kann nur dann zu einem Ergebnis führen, wenn die verhandelnden Parteien mehr oder weniger nachgeben, um sich im Idealfall auf einer von beiden Seiten gebilligten Basis zu treffen. Im Verhältnis von AGB-Verwendern zu ihren Kunden sind es aber, wie für den Bankenbereich oben dargestellt, regelmäßig nur die Kunden, die, zum Nachgeben gezwungen, die Forderungen der anderen Seite zum Inhalt des Vertrages anerkennen müssen. In ihrer Abschluß- und Gestaltungsfreiheit als Teilen der Vertragsfreiheit [4] daher weitgehend behindert bedürfen sie eines besonderen Schutzes, der ihnen auch vom Gesetzgeber in unterschiedlicher Weise gewährt wird.

---

1) Vallenthin, a.a.O., S.40; s.a. oben 1.121.2, S.9f
2) Emmerich, a.a.O., S.362
3) S.a.o. 1.121. S.5
4) Palandt-Heinrichs, a.a.O., Einf. v. § 145, Anm.3

Einen Teil dieses Schutzes übernimmt der Staat direkt, indem er solche AGB, die durch Verträge oder Beschlüsse von Unternehmen bei diesen einheitliche Verwendung finden, einer Kontrolle unterzieht. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [1] überträgt die Aufsicht über derartige Konditionenkartelle, die gemäß § 2 Abs. 3 GWB allenfalls einem Widerspruch ausgesetzt sind, in § 9 Abs. 1 der Kartellbehörde. Diese kann im Falle mißbräuchlicher Ausübung des Konditionenkartells gemäß § 12 Abs. 1 GWB die in § 12 Abs. 2 GWB vorgesehenen Maßnahmen über die betreffenden Unternehmen verhängen. Ein Mißbrauch bei der Aufstellung und Verwendung von AGB wird immer dann anzunehmen sein, wenn grundlegende Interessenbelange der Vertragsseite, die zur Annahme der Bedingungen gezwungen werden soll, nicht beachtet wurden [2] und dadurch eine Verzerrung der freien Marktverhältnisse in der entsprechenden Branche erfolgt [3]. Auch dann, wenn der Gebrauch einheitlicher Geschäftsbedingungen von einem Interessenverband der beteiligten Unternehmen empfohlen wurde, obliegt der Kartellbehörde gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB die Kontrolle dieser AGB. Bei Feststellung eines Mißbrauchstatbestandes , dessen Voraussetzungen den oben genannten entsprechen, erklärt die Aufsichtsbehörde die Empfehlung der beanstandeten Bedingungen für unzulässig.
Die Kreditinstitute unterliegen indessen nicht diesen Bestimmungen. Wegen der aus gesamtwirtschaftlichen Aspekten gebotenen Einflußnahmemöglichkeit des Staates auf die Kreditwirtschaft sind die Geldinstitute besonderen Regeln unterworfen, deren Anordnung gemäß KWG der Bundesregierung, der Deutschen Bundesbank und dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, deren Einhaltungskontrolle der Bundesbank und dem Bundesaufsichtsamt obliegt. Dementsprechend entbindet auch § 102 Abs. 1 GWB die Kreditinstitute in weiten Bereichen von den zwingenden Vorschriften des GWB und entläßt sie dort

---

1) GWB v. 27. Juli 1957 i.d.F. v. 4. April 1974
2) Pflicht zur Beachtung des Interessenausgleichs, siehe auch Definition bei Soergel-Mohrmann, BGB, vor § 226, Rdn. 19
3) Dörinkel in Gemeinschaftskommentar GWB, § 12 Rdn. 2

auch aus der Aufsicht der Kartellbehörde. Die Folge ist, daß auch die Vorschriften über Konditionenkartelle [1] und Verbandsempfehlungen für AGB nicht oder jedenfalls nur beschränkt gegenüber den Geldinstituten anwendbar sind [2]. Da die Überwachung der Kreditwirtschaft im Hinblick auf ihre AGB jedoch auch nicht zu den im KWG vorgesehenen, von der Bankenaufsichtsbehörde wahrzunehmenden Aufgaben gehört [3], den Kreditinstituten insoweit aber aus den Schutzzweck des GWB berührenden Erwägungen kein überwachungsfreier Raum belassen werden kann, überträgt § 102 Abs. 2 GWB der Kartellbehörde die Aufgabe, gegen AGB-Empfehlungen der Spitzenverbände der Kreditwirtschaft unter der Voraussetzung der Zustimmung der Bankenaufsichtsbehörde einzuschreiten, wenn dadurch die Freistellung aus § 102 Abs. 1 GWB mißbraucht wird [4]. § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB findet auf diese Weise auch für die Kreditinstitute Anwendung mit der Folge, daß die Empfehlung von Geschäftsbedingungen zu unterlassen ist, wenn in den einheitlichen AGB die Interessenlage der Kunden in wesentlichen Zügen unbeachtet blieb, nachdem schon vorher deren Abschlußfreiheit nicht mehr gewährleistet war. Eine derartige Feststellung mit der Folge der Anordnung entsprechender Maßnahmen ist jedoch bisher für die AGB der Banken wie auch der anderen Kreditverbände - soweit ersichtlich - nicht getroffen worden.

Zum Schutz einer in ihrer Abschluß- und Gestaltungsfreiheit für Verträge behinderten Partei steht jedoch noch ein anderes Rechtsinstitut zur Verfügung : Die beinahe ausschließliche Anwendung von gleichen oder ähnlichen AGB im Kreditgewerbe könnte nämlich auch von dem Mißbrauchtatbestand des § 138 Abs. 1 BGB erfaßt werden [5], der neben dem GWB seine Berechtigung nicht verloren hat. Vor der sittenwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung, die aus einer breiten Anwendung von AGB resultieren könnte, sind die Bankkunden

---

1) v. Renthe-Fink in Gemeinschaftskommentar GWB, § 2 Rdn. 2
2) Gesamtübersicht der für Kreditinstitute aus GWB nicht anwendbaren Bestimmungen bei Gleiss-Hootz, Gemeinschaftskommentar GWB, § 102 Rdn. 16
3) Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn. 264
4) Gleiss-Hootz, a.a.O., § 102 Rdn. 20 ; Rinck, Die Empfehlung allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung, WuW 1974, S. 302
5) Benisch, Anm. zu BGH v. 13.März 1956 in WuW 1956, S. 795

nämlich nach zutreffender Ansicht [1] auch durch diese Vorschrift geschützt. Allerdings kann § 138 BGB erst dann zur Beurteilung des Unrechtsgehalts von AGB herangezogen werden, wenn diese bereits als Vertragsbestandteil einem konkreten Rechtsgeschäft zugrunde gelegt worden sind, das heißt die AGB können nicht abstrakt am Tatbestand der Sittenwidrigkeit gemessen werden [2].

Die angeführten Vorschriften bescheinigen den Bank-AGB trotz ihrer allgemeinen Verbreitung also nicht die grundsätzliche Rechtswidrigkeit. Daraus allerdings den Schluß zu ziehen, der potentielle Bankkunde habe insoweit eine Einengung seines gemäß Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich abgesicherten Rechtes einer gleichrangigen Berücksichtigung seiner Interessen bei der Vertragsgestaltung verloren, wäre verfrüht. Die Zivilrechtsordnung hält darüberhinaus andere Rechtsnormen, die eine ausgeglichene Interessenlage zwischen AGB-verwendender und AGB-anerkennender Vertragspartei gewährleisten, zur Beurteilung jedes einzelnen Vertragsverhältnisses bereit. Darauf wird jedoch an anderer Stelle näher eingegangen [3].

Ein anderer Aspekt darf jedoch bei grundsätzlicher Bewertung der Geschäftsbedingungen quasi als Eingangsschlüssel für Bankgeschäfte nicht unberücksichtigt bleiben. Den vermeintlichen Nachteil, eine bereitliegende, gleichartige Vertragsordnung bei jedem Kreditinstitut vor Aufnahme der Geschäftsbeziehungen unterzeichnen zu müssen, steht nämlich das positive Pendant gegenüber, gerade dadurch die Leistungen der verschiedenen Banken und Sparkassen zueinander in Relation setzen zu können [4]. Wenn also beispielsweise im Bereich des privaten Bankgewerbes ein einzelnes Institut von der Haftung für Rechtsnachteile aus Übermittlungsfehlern im telegrafischen Verkehr (Nr.8 Abs.1 AGB) freigezeichnet ist, so müßten die für solche Dienstleistungen erhobenen Gebühren mit denen anderer Institute, die

---

1) RGZ 115, S.123 ff; 143, S.24 ff, 28; BGH v. 13. März 1956 WuW 1956, S.793 ff, 794; Lukes und Isele, JuS 1961, S.307, s.a.u. 1.213, S.42 ff
2) Soergel-Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, § 138 Rdn.71
3) s. dazu u. 1.21, S.31 ff
4) Räbel, Die neuen AGB der privaten Banken, ZKW 1969, S.63

sich ebenfalls für diesen Fall freizeichnen, vergleichbar sein. Die als Folge von einheitlichen Geschäftsbedingungen erzielte Transparenz der einzelnen Bankkonditionen zwingen somit auch die Banken zu einem Leistungswettbewerb, wie ihn das marktwirtschaftliche System verlangt. Diese - wohlmöglich unbeabsichtigte - Folge der Verwendung gleichartiger AGB bei den deutschen Geldinstituten führt daher zu einer "Marktgerechtigkeit" [1], die dem durch Individualverträge garantierten Interessenausgleich qualitativ sicher nicht nachsteht.

1.123. Eintritt der Rechtsverbindlichkeit der AGB

Eine weiterführende Untersuchung der Bank-AGB im abstrakten Raume führt im Hinblick auf ihren Rechtsbestand zu keinen weiteren Erkenntnissen. Die geltenden Beurteilungskriterien des Zivilrechts setzen vielmehr voraus, daß die Geschäftsbedingungen Bestandteil eines Vertrages geworden sind. Es bedarf daher zunächst der Erörterung, auf welche Weise die Klauseln Eingang in ein bestimmtes Rechtsverhältnis finden.

1.123.1 AGB im Rechtsverkehr mit der Nichtbankenkundschaft

Wenig problematisch stellt sich die Einbeziehung von AGB in ein Vertragsverhältnis dann dar, wenn der Aufsteller vor Vertragsschluß diese Klauseln seinem Gegenpart im Einzelnen vorträgt, oder sie in einem schriftlichen Kontrakt deutlich lesbar und verständlich aufgeführt sind und von den Unterschriften der Vertragsschließenden gedeckt werden. In diesen Fällen wird der mit dem Aufsteller der AGB kontrahierenden Partei Inhalt und Bedeutung der vorgefertigten

---

1) v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, S.113

Vertragsordnung derart deutlich vor Augen geführt, daß für Einwände des Nichtwissens oder Nichtkennens in der Regel kein Raum ist.

Anders könnte sich die Lage des Kunden gestalten, der einen Bankvertrag abgeschlossen hat. Solche Verträge werden nämlich in der überwiegenden Zahl der Fälle abgeschlossen, ohne daß, wie oben beschrieben, der in Geschäftsverbindung mit der Bank eintretenden Person die AGB im einzelnen vorgestellt werden. Vielmehr ist es in der Praxis üblich, daß in dem von dem Kunden zu unterzeichnenden Kontoeröffnungsantrag nur ein kurzer Passus, der etwa lauten könnte: "Für den gesamten Geschäftsverkehr mit der Bank gelten deren Allgemeine Geschäftsbedingungen in der jeweiligen in den Schalterräumen aushängenden Fassung", enthalten ist.

Nun bereitet die Frage, inwieweit die solchermaßen geleistete Unterschrift des Kunden die bewußte und gewollte Akzeptierung der AGB bedeutet, dann keine Schwierigkeiten, wenn es sich bei dem Gegenpart der Bank um einen Kaufmann handelt. Bereits ein in dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 enthaltener Grundgedanke besagt, daß Kaufleute wegen des bei ihnen vermuteten rechtsgeschäftlichen Erfahrungspotentials im Geschäftsverkehr untereinander nicht des gleichen Schutzes bedürfen, wie er Privatpersonen von der Rechtsordnung gewährt wird. Dieser Ausfluß der in § 347 HGB normierten kaufmännischen Sorgfaltspflicht und des für den Kaufmann in besonderem Maße geltenden Treu- und Glaubensprinzips [1] hat zur Heranbildung besonderer Regeln geführt, die etwa wie die kaufmännische Bürgschaft (§§ 349 ff HGB) oder der Handelskauf (§§ 373 ff HGB) ausdrücklich in Gesetzesform gefaßt sind oder auch über die Generalklausel des § 346 HGB dem Kaufmann zuzurechnen sind. Eben dieser Universalnorm des § 346 HGB unterliegen auch Kaufleute bezüglich bestimmter AGB, so der Bank-AGB. Zwar wird man nicht

---

1) Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Einf. Buch III, 2c

argumentieren können, die Kenntnis vom Bestehen und der Geltung der AGB der Banken sei allen Kaufleuten eo ipso zuzurechnen, da diese Geschäftsbedingungen sich durch ihre jahrzehntelange, beinahe ausschließliche Benutzung in Bankverträgen zu einem Handelsbrauch - das ist die besondere, auf kaufmännische Gewohnheiten und Gebräuche abgestimmte Verkehrssitte der §§ 157, 242 BGB [1] - entwickelt [2] hätten. Dazu bedürfte es nämlich deren freiwilliger Befolgung von der Masse einer von der Gerechtigkeit und Ausgewogenheit der AGB überzeugten Kaufmannschaft [3].
Ohne daß an dieser Stelle zum Ergebnis der objektiven Abwägung der AGB schon etwas gesagt werden kann, ist doch davon auszugehen, daß aus subjektiver Sicht der Kaufleute den Bank-AGB sicherlich noch nicht in ihrem gesamten Umfang - Ausnahmen bilden zum Beispiel die in Nr. 41 und 42 Abs. 2 AGB gefaßten Regeln über die E.v.-Gutschrift [4] und die Rückbelastung von Inkasso- und Diskontpapieren, denn dieses Verfahren ist auch zwischen "Nicht-Bank"-Kaufleuten üblich und anerkannt [5] - das für den Bestand von Handelsbräuchen nun einmal erforderliche Vertrauen ausgesprochen wird. Allerdings - so vermutet es jedenfalls Schönle [6] - wird die regelmäßige Anwendung von AGB im gesamten deutschen Kreditgewerbe langfristig zu der Konsequenz führen, daß die Bankklauseln als Handelsbrauch anzuerkennen sind. Zum Eingreifen des § 346 HGB genügt indes schon, wenn die bloße Anwendung von AGB Handelsbrauch geworden ist, das heißt wenn es einen repräsentativen Querschnitt der Kaufmannschaft nicht unbekannt ist, daß in

---

1) Baumbach-Duden, a.a.O., § 346 Anm.1 A
2) Obst-Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, S.355
3) Schlegelberger-Hefermehl, Handelsgesetzbuch, § 346 Rdn.6
4) E.v.-Gutschrift - Sofortige Gutschrift des Gegenwertes der von Kunden eingereichten Schecks und Wechsel, die unter dem Vorbehalt des Eingangs vorgenommen wird. Erfolgt seitens des Bezogenen keine Zahlung, wird der gutgebrachte Betrag zurückgebucht (Nr.41 AGB)
(s.a. Liesecke, Das Bankguthaben, a.a.O., S.229)
5) Schlegelberger-Hefermehl, a.a.O.
6) Schönle, Bank- und Börsenrecht, S.14

bestimmten Gewerben die Gewohnheit besteht, Verträge nicht ohne Einbeziehung der AGB abzuschließen. Dieser bereits in einer frühen Entscheidung des BGH [1] enthaltene Gedanke kann unverändert auf die Bank-AGB übertragen werden. Das führt zu dem Ergebnis, daß die stetige Einführung der AGB in alle von der Bank abgeschlossenen, branchentypischen Verträge mit Kaufleuten als Handelsbrauch anzusehen ist [2].

Daraus ergibt sich die Beantwortung der oben gestellten Frage. Auf Grund der Vorschrift des § 346 HGB muß ein Kaufmann, der zu einem Geldinstitut in Geschäftsbeziehungen tritt, mit der Einbeziehung von dessen AGB in das entstandene Rechtsverhältnis rechnen, auch ohne daß es darüber einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf. Das gilt wegen des unspaltbaren Begriffs des Handelsbrauchs auch dann, wenn im Ausnahmefall ein einzelner Kaufmann von der Existenz von Bank-AGB keine Kenntnis hatte [3].
Gegenüber dem Teil des Bankenpublikums, der sich nicht die Kaufmannseigenschaft zurechnen lassen muß, entscheidet über das Wirksamwerden der AGB der Kreditinstitute die Verkehrssitte. Dieser, aus den Grundsätzen von Treu und Glauben der §§ 157, 242 BGB resultierende Begriff, bezeichnet die im Rechtsverkehr der jeweilig beteiligten Kreise vorherrschende tatsächliche Übung [4], die als Maßstab des Verhaltens der an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien dienen kann. Nach einheitlicher Rechtsprechung [5] wie auch der überwiegenden Literaturmeinung [6] ist die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verträge als Verkehrssitte anzusehen, soweit sie wie bei den Banken bran-

---

1) BGHZ 1, S.83 ff, 86
2) Schlegelberger-Hefermehl, a.a.O.; a. A. Ratz in Großkommentar HGB, § 346 Anm.218
3) Baumbach-Duden, a.a.O., § 346 Anm.1 E
4) Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 157 Anm.3
5) BGHZ 12, S.136 ff, 139; BGH v. 25. Oktober 1966, LM/AGB Nr.21a; BGH v. 22. Mai 1968, NJW 1968, S.1718 ff, 1719; BGH v. 18. Juni 1971, Betrieb 1971, S.1904 m.w.N.
6) L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S.207; Meeske, Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1959, S.862; Pleyer-Battes, Geltung und Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen ...., Betrieb 1971, S.1295; Schönle, a.a.O., S.12; Schütz, a.a.O., S.3 Z.4 m.w.N.

chenüblich sind und seit ihrer Einführung ein für die verbreitete Kenntnis ihrer Existenz ausreichender Zeitraum verstrichen ist; das bedeutet im vorliegenden Fall, daß die Privatkundschaft sich grundsätzlich gleichermaßen wie die im Geschäftsverkehr mit Banken stehenden Kaufleute die Einbettung der Bank-AGB in das entstehende Vertragsverhältnis anrechnen lassen müssen, ohne daß es bei Eröffnung der Geschäftsbeziehungen einer ausdrücklichen Vereinbarung darüber bedürfte. Diese zweifellos richtige Folgerung bedarf jedoch insoweit der Ergänzung, als die angeführte Regel dann nicht gelten kann, wenn dem Geldinstitut als Vertragspartner ein absolut geschäftsunkundiger Privatmann, etwa ein soeben eingereister Gastarbeiter, der mit den herrschenden Rechts- und Geschäftssitten noch nicht vertraut ist, entgegentritt [1]. In einem solchen Fall könnte sich ein Kreditinstitut, dem beispielsweise ein unbeholfenes Verhalten der betreffenden Person bei der Kontoeröffnung genügend Anlaß für derartige Überlegungen geben müßte, mit Rücksicht auf § 242 BGB nicht auf die stillschweigende Unterwerfung des Kunden unter seine AGB berufen. Für die Einbeziehung der Geschäftsbedingungen in den Bankvertrag ist hier der ausdrückliche Hinweis darauf notwendig - wie es im übrigen in allen Fällen oft eine Frage der Seriosität ist, bei Vertragsschluß auf die AGB zu verweisen [2].

Die Wirksamkeit der AGB in einem branchentypischen Vertragsverhältnis zwischen Geldinstitut einerseits und dem jeweiligen (Privat- oder Kaufmanns-) Kunden andererseits ist weiterhin davon abhängig, ob die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Geschäftsbedingungen dem Kunden zur Einsicht und Kenntnisnahme zur Verfügung standen. Die Rechtsprechung hat diesbezüglich das Erfordernis der Zumutbarkeit aufgestellt [3], demzufolge der Kunde sich die

---

1) Schönle, a.a.O., S.12
2) So a. Schütz, a.a.O., S.3 Z.4
3) BGH v. 18. Juni 1971, LM/AGB der Banken, Allgemeines Nr.4

Geltung von Bank-AGB in einem entsprechenden Vertragsverhältnis dann zurechnen lassen muß, wenn es ihm seitens des Kreditinstituts ohne übermäßige eigene Anstrengungen ermöglicht wurde, vom Inhalt der Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Diesem Erfordernis genügt ein Kreditinstitut beispielsweise dann, wenn es die AGB in seinem Geschäftslokal deutlich sichtbar [1] ausgelegt oder sie dem Kunden auf einfache Nachfrage als Nachdruck zur Verfügung stellt. Selbst die Veröffentlichung der Geschäftsbedingungen in allgemein zugänglicher Weise soll nach Ansicht des BGH im Einzelfall genügen [2].

Mit Befolgung dieser Voraussetzungen, die im allgemeinen bei den deutschen Geldinstituten gewährleistet ist, gelangen die AGB in den jeweiligen Bankverträgen zur Wirkung. Nicht dagegen ist der Nachweis der Bank erforderlich, daß der einzelne Kunde auch tatsächlich von den Geschäftsbedingungen Kenntnis genommen hat [3]; das aus einem solchen Versäumnis entstehende Risiko liegt in seiner Sphäre und ist deshalb auch von ihm zu verantworten. Von diesem Grundsatz ist allein dann abzugehen, wenn - wie es bei Bankverträgen regelmäßig vorkommt - mit dem Kunden eine ausdrückliche Einbeziehungsvereinbarung der AGB nicht getroffen wurde. In diesem Fall braucht der Vertragspartner des AGB-Aufstellers trotz Aushang oder Veröffentlichung der Geschäftsbedingungen nur solche Klauseln gegen sich gelten zu lassen, mit denen er aufgrund der im Verkehr mit seinen Kreisen gebräuchlichen Verkehrssitte rechnen mußte [4], mit anderen Worten: die im Geschäftsverkehr mit einem Geldinstitut stehende Privatperson genießt hier größeren Schutz als etwa der sich in gleicher Situation befindliche Kaufmann. Für den Bereich der Freizeichnungsklauseln in Bank-AGB besteht für eine derartig unterschiedliche Behandlung

---

1) Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S.34
2) BGH v. 18. Juni 1971, a.a.O.
3) BGH v. 18. Juni 1971, a.a.O., Schmidt-Salzer, a.a.O.
4) BGHZ 33, S.216 ff,219

zwischen Kaufleuten einerseits und Privatkunden andererseits allerdings kein Anlaß, denn gerade die Haftungsausschlußklauseln gehören in jene Kategorie von Regulativen, deren Vorhandensein in Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann [1] und deren Kennenmüssen daher auch der Privatkundschaft der Banken zugerechnet werden kann.

Dennoch sei angemerkt: Einen ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung der AGB im Vertragsverhältnis zwischen sich und ihren Kunden braucht eine Bank - will sie in Grenzfällen ausschließen, daß der Kunde die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingungen mangels einer ihm zurechenbaren Verkehrssitte geltendmachen kann - jedoch nur einmalig bei Abschluß des ersten Kontraktes zwischen beiden Parteien zu geben. Das läßt sich damit begründen, daß mit Aufnahme der ersten Geschäftsbeziehungen zwischen Kunden und dem AGB-Verwender, gleich, ob zunächst ein Giro-Konto errichtet oder ein Wertpapierdepot angelegt wird, ein Bankvertrag quasi als Grundvertrag zustande kommt, auf dem alle sich im Dienstleistungsangebot der Banken befindlichen Leistungen als Spezialvertragstypen aufbauen [2]; mit anderen Worten: bei späterem Abschluß eines Scheckvertrages, eines Kredit- oder Sparvertrages bedarf es nicht der nochmaligen ausdrücklichen Einbeziehung der AGB in die Vereinbarung, da deren einmalige Akzeptierung durch den Kunden jede spätere Erweiterung der Geschäftsbeziehungen erfaßt. Dies gilt sogar auch dann, wenn nach Abschluß des

---

1) BGH v. 16. Juni 1966, WM 1966, S.973

2) L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S.145; Obst-Hintner, a.a.O., S.354; BGH v. 28. Januar 1974, WM 1974, S.272 ff, 273 m.w.N.; a.A. sind Altjohann, Der Bankvertrag, S.78 ff und Schönle, a.a.O., S.22 f, die meinen, jeder Aufnahme einer Geschäftsbesorgung für den Kunden in einem anderen, bisher noch nicht in Anspruch genommenen Geschäftszweig der Bank müsse eine erneute, wenn auch konkludente Vereinbarung der AGB vorausgehen. Auf den Meinungsstreit braucht nicht weiter eingegangen zu werden, da er im hier erörterten Bereich nicht zu unterschiedlichen Konsequenzen führt.

grundlegenden Bankvertrages die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien vorübergehend unterbrochen werden [1], denn die einmalige Bestätigung des Kunden, auf die AGB hingewiesen zu sein, impliziert deren Geltung auch für den Fall einer späteren Vertragserneuerung - vorausgesetzt freilich, daß die AGB sich bis dahin in ihrem Inhalt nicht wesentlich geändert haben.

Die hier aufgeführten allgemeinen Regeln über die Zurechenbarkeit von AGB gegenüber dem Nichtbankenkunden lassen sich noch durch folgende Besonderheiten vervollständigen: So erhalten die AGB ohne deren ausdrückliche Einbeziehung häufig selbst dann Wirksamkeit, wenn ein Nichtkunde von einer Bank eine nichtgewerbetypische Leistung fordert, etwa eine Auskunft; das gilt freilich nur unter der Voraussetzung, daß der Kunde von dem grundsätzlichen Tätigwerden der Kreditinstitute nach AGB weiß [2]. Ein solcher Nachweis der eigenen Unkenntnis bankmäßiger Gepflogenheiten wird jedoch demjenigen, der das Instrument der Bankauskunft kennt und es benutzt, kaum gelingen. Da er darüberhinaus meist selbst Kunde einer dritten Bank ist, die gleiche oder vergleichbare AGB benutzt, muß ihm ein besonderer Rechtsschutz verwehrt bleiben.

Eine Einbeziehung der AGB ohne ausdrückliches Anerkenntnis wird man dagegen in den Fällen ausschließen müssen, in denen ein Nichtkunde ein weniger starkes Interesse an einem Rechtsverhältnis zu der AGB-verwendenden Bank hat als diese umgekehrt zu ihm. Dem beispielsweise in diese Rubrik fallenden Bürgen eines Bankkunden ist es nicht zumutbar, sich aus eigener Erkundigungspflicht um Einsicht in die das besondere Rechtsverhältnis tangierenden Bankregeln zu bemühen; vielmehr kann ihm ein Kennenmüssen solcher Klauseln nur zugerechnet werden, wenn die Bank die von ihm zu unterzeichnende Bürgschaftserklärung mit entsprechenden Hinweisen ausgestattet hat [3].

---

1) RG v. 12. März 1927, JW 1927, S.1467
2) BGH v. 21. Dezember 1972, WM 1973, S.635 ff, 636; BGH v. 6. März 1972, NJW 1972, S.1200 ff, 1201 m.w.N.
3) So im Ergebnis auch Schönle, a.a.O., S.12, der jedoch der Interessenlage Bank - Kunde im obigen Sinne nicht ganz gerecht wird

Gegenüber den ausländischen Nichtbanken-Kunden, die ihren Wohnsitz nicht im Inland haben und daher regelmäßig als nicht mit den Rechts- und Geschäftsgepflogenheiten im Inland vertraut anzusehen sind, kann zwecks Einbeziehung der AGB in ein Vertragsverhältnis ebenfalls nicht so verfahren werden, wie es im oben geschilderten Rahmen gegenüber der deutschen und der von dem Einwand nicht betroffenen ausländischen [1] Nichtbanken-Kundschaft möglich ist. Es ist in diesen Fällen stets davon auszugehen, daß im Ausland Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Privatleuten weitgehend ungebräuchlich sind oder ihre Einbeziehung in ein Vertragsverhältnis doch wenigstens eines ausdrücklichen Hinweises bedarf. Da - wie oben ausgeführt - grundsätzlich nur solche Bestimmungen Vertragsbestandteil werden, mit denen der andere Teil rechnen muß, sind die AGB in der Sprache vorzulegen, in der auch die Vorverhandlungen geführt wurden [2]. Zumindest muß ein Hinweis auf die Geltung der AGB in der betreffenden Sprache im Vertragstext enthalten sein, auch wenn der Text selbst - wie bei den gebräuchlichen Kontoeröffnungsformularen üblich - in deutscher Sprache abgefaßt ist [3].

Die einmalige Einbeziehung der AGB in den Basisvertrag schließt, wie gesagt, deren Geltung auch in allen zukünftigen geschlossenen Spezialverträgen mit ein. Nun soll Nr. 28 ABG der Banken [4] mit dem Text :

> Änderungen dieser Geschäftsbedingungen einschließlich der Sonderbedingungen werden dem Kunden durch schriftliche Benachrichtigung oder durch Aushang oder Auslegung in den Geschäftsräumen der kontoführenden Stelle der Bank bekanntgegeben. Sie gelten als genehmigt, wenn der Kunde nicht schriftlich Widerspruch erhebt. Das Schreiben muß innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Neufassung bei der Bank eingegangen sein.

auch im Laufe der Zeit veränderte Bedingungen auf die bereits

---

1) Liesecke, Das Bankguthaben ...., WM 1975, S. 218; OLG Bremen v. 22. Juni 1973, WM 1973, S. 1228 ff, 1229
2) OLG Stuttgart v. 19. Juli 1962, AWD 1962, S. 260 = MDR 1964, S. 412 f (leicht gekürzt); OLG Karlsruhe v. 9. Mai 1972, NJW 1972, S. 2185
3) OLG Stuttgart v. 19. Juli 1962, a.a.O.
4) =Nr. 27 AGB-Sp

bestehenden wie auch neue Verträge ohne ausdrückliche Hinweise transferieren. Diesem Verfahren ist jedoch nur unter der besonderen Voraussetzung zuzustimmen, daß die Wahl zwischen den vorgesehenen Alternativen, schriftliche Benachrichtigung des Kunden oder Aushang beziehungsweise Auslegung in den Geschäftsräumen, nicht in das freie Ermessen der Bank gestellt ist, sondern die Entscheidung gemäß dem Grundsatz aus § 242 BGB danach zu treffen ist, welche Gewichtung der Änderung der AGB zukommt [1]: Eine redaktionelle Umformulierung zur besseren Verständlichmachung des Textes bedürfte somit wohl nur des Aushanges, das gleiche kann für eine Regelung, die den Kunden im Verhältnis zur Vorfassung begünstigt, gelten; über jede andere Neufassung ist eine schriftliche Unterrichtung der Vertragspartner unerläßlich. Die eingeräumte Widerspruchsfrist von einem Monat nach Bekanntgabe ist nicht zu beanstanden [2] - der Kunde muß jedoch, entscheidet er sich dafür, damit rechnen, daß die Bank das Geschäftsverhältnis wegen des aus einer Individualbehandlung resultierenden Kosteneffekts aufkündigen wird [3].

1.123.2 AGB im Rechtsverkehr mit der Bankenkundschaft

Für die Einbeziehung der AGB in Rechtsverhältnisse zwischen Banken haben sich besondere Grundsätze herausgebildet, denen neben dem oben Besprochenen Geltung zukommt. Rechtsprechung und Literatur sind sich darin einig, daß die AGB auch dann zum Einsatz kommen, wenn verschiedene Kreditinstitute sich gegenseitig mit der Ausübung branchentypischer Aufgaben betrauen [4], das heißt, wenn eine Bank für eine andere als "Bank" tätig wird. Bei derartigen Vertragsverhältnissen, in denen ein Kreditinstitut für ein anderes

---

1) Hellner, Neufassung der AGB, Bank-B 1969, S.12
2) Nr.27 AGB-Sp räumt allerdings nur 14 Tage Widerspruchsfrist ein
3) Vallenthin, a.a.O., S.40
4) BGH v. 29. November 1967, WM 1968, S.216 ff, 218=NJW 1968, S.588 ff, 590; Baumbach-Duden, a.a.O., Anh.II nach § 406, S.774

zum Beispiel ein Kontokorrentkonto führt oder, da an einem Börsenplatz tätig, Wertpapiergeschäfte abwickelt, kommen ohne besondere Vereinbarung die AGB des Institutes zum Zuge, das dem anderen seine Dienste zur Verfügung stellt. Das auftraggebende Institut tritt dabei nicht selbst als "Bank", sondern allein als Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB seinem Vertragspartner gegenüber mit der Folge, daß es auch ohne ausdrückliches Anerkenntnis die Geschäftsbedingungen der anderen Seite akzeptiert.
Im Ergebnis nicht anders ist die Rechtslage dann zu betrachten, wenn zwei Bankhäuser bei Aufnahme gegenseitiger Geschäftsbeziehungen sich auf die Geltung ihrer, jeweils unterschiedlicher AGB hinweisen und Vertragsstreitigkeiten entstehen, ehe es untereinander zu einer Einigung wegen der AGB gekommen ist [1]. Die Willenserklärung eines jeden der beteiligten Institute: "Es gelten nur meine Bedingungen" kann bezüglich des Vertragsinhalts bedeuten, daß sich entweder durch das widersprüchliche Verhalten beide AGB gegenseitig aufheben und damit die volle Wirkung des Gesetzes zum Durchbruch kommt, oder daß sich die gegeneinander gerichteten Erklärungen nur soweit reduzieren, bis ein gemeinsamer Nenner gefunden ist, der in einer gegenseitigen Anerkennung der AGB des Instituts, das gerade als "Bank" handelt, liegen könnte. Gerade aus diesem Gegensatz heraus entwickeln Pleyer-Battes [2] die Lösung, die schließlich zur gegenseitigen Anerkennung der AGB führt: Da die Willenserklärungen der Parteien nicht zur Deckung zu bringen sind und zwei Deutungen zulassen, ist gemäß § 157 BGB eine Auslegung des Basisvertrages nach tatsächlichen und objektiven Kriterien vorzunehmen. Bei Betrachtung des Einzelfalls wird das Interesse des Bankinstituts, das als "Kunde" fungiert, wohl vorrangig darauf gerichtet sein, die Geltung des Gesetzes vor der fremder AGB, die

---

1) Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung ...., S.13
2) Pleyer-Battes, a.a.O., S.1291 f

in der Regel deren Aufsteller begünstigen, vorzuziehen. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß diese Interessenlage sich verschiebt, wenn in einem gegenseitigen Geschäftsverhältnis auch die Rollen "Bank" und "Kunde" wechseln. Bei dieser Konstellation wird leicht der Nachteil der Geltung fremder AGB in Kauf genommen, wenn andererseits auch die eigenen Geschäftsbedingungen bei Gegengeschäften akzeptiert werden. Kosten- und Rationalisierungsgesichtspunkte würden eine solche Entscheidung prägen. Aus objektiver, allgemeiner Sicht, die den gesamtwirtschaftlichen Aspekt berücksichtigt, müssen Faktoren wie einfache und schnelle Geschäftsabwicklung, geringer Aufwand, Überschaubarkeit des Risikos ebenfalls zu dem Ergebnis führen, daß bei gegenseitig gewährleisteter Anerkennung der AGB ein gerechter Interessenausgleich der Banken untereinander erzielt wird. Der sich aus tatsächlichem und objektivem Betrachtungswinkel ergebende Schluß besagt somit, daß selbst bei beiderseitiger Voranstellung der eigenen Geschäftsbedingungen im jeweiligen Einzelvertrag diejenigen AGB zum Zuge kommen, die das den Dienst erbringende Kreditinstitut anzuwenden pflegt.
Die oben angesprochenen Regeln über die Geltung von Bankregulativen im Rechtsverkehr der Banken untereinander sind grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn ein ausländisches Kreditinstitut einem deutschen gegenübersteht, wie es etwa im Wertpapier- und Devisengeschäft häufig anzutreffen ist. Es muß jedoch davon ausgegangen werden, daß weder allgemein den ausländischen Kaufleuten noch gerade den ausländischen Banken das Kennenmüssen eines Handelsbrauchs der Gestalt, daß die Benutzung von AGB bei deutschen Kreditinstituten üblich ist, zugerechnet werden kann [1], denn je nach Rechtsordnung ist der Grad der Anwendung solcher Klauseln von üblich über möglich bis unbekannt einzustufen. Es wird aus diesem Grund für ein deutsches Geldinstitut

---

1) Pleyer-Battes, a.a.O., S.1295;Ungnade, Die Geltung der AGB ...., WM 1973, S.1130

unumgänglich sein, in der den Schriftwechsel mit der Vertragspartei bestimmenden Sprache auf die Anwendung dieser Sonderregeln hinzuweisen. Unterläßt das ausländische Kreditinstitut daraufhin die Erkundung des konkreten Inhalts der Bedingungen oder widerspricht es dem Hinweis nicht, so geht dieses Verhalten zu seinen Lasten [1] mit der weiteren Folge, daß es damit auch die in Nr.26 Satz 2 AGB [2] normierte Anwendung des deutschen Rechts für das gesamte Vertragsverhältnis akzeptiert; ein Verfahren, wie es nach deutschem IPR statthaft ist [3].

1.2 Freizeichnungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Unter dem Oberbegriff "Allgemeine Geschäftsbedingungen" werden verschiedene Gruppen von Einzelklauseln zusammengefaßt, deren Bedeutung und Umfang je nach Art der die AGB verwendenden Branche variiert [4]. So findet man die aus dem früheren Regulativen hervorgegangenen, technische Fragen des Geschäftsverkehrs regelnden Klauseln (zum Beispiel Nr.47 AGB-Banken - Erfordernis einer besonderen Vereinbarung bei Wechselziehungen des Kunden), Klauseln, die Handlungspflichten zwischen AGB-Verwender und Kunden verteilen, Fristen setzende und gesetzliche Fristen ändernde Klauseln, Beweislast ändernde Klauseln, Gerichtsstandsklauseln, deren Auswüchsen durch Änderung des § 38 ZPO vom 1. April 1974 an jedoch die Spitze abgebrochen wurde und schließlich die hier zu besprechenden Freizeichnungsklauseln, unter denen ein absoluter Haftungsausschluß des

---

1) BGH v. 18. Juni 1971, WM 1971, S.987 ff; BGH v. 18. Juni 1971, WM 1971, S.989 ff = Betrieb 1971, S.1904 f

2) =Nr.24 Abs.1 AGB-Sp= "Für alle Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und der Bank ist das am Erfüllungsort geltende Recht maßgebend, und zwar auch dann, wenn der Rechtsstreit im Ausland geführt wird"

3) Ungnade, a.a.O., S.1131 m.w.N.

4) L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S.40 ff

AGB-Verwenders in bestimmten Fällen ebenso zu verstehen ist wie ein teilweiser Haftungsausschluß, der etwa bei Gewährleistungsansprüchen aus Kauf- oder Werkvertrag in der Beschränkung der gesetzlich vorgesehenen Wahlmöglichkeit des Anspruchsberechtigten gesehen werden kann.
Zur Frage, ob nun die Freizeichnungsklauseln als " Willkürklauseln " [1] der Übervorteilung des Kunden dienen oder ob sie als " Gefahrenklauseln " [1] zu einer gerechteren Risikoverteilung im Einzelfall führen, hat die Literatur [2] sich in kaum noch überblickbarer Zahl von Beiträgen geäußert und dadurch der Rechtsprechung eine Palette von Gesichtspunkten aufgezeigt, die sich zum Teil in den Grundsätzen zur richterlichen Beurteilung der Haftungsausschlußklauseln wiederfinden. Die im Hinblick auf die Freizeichnungsklauseln in den Bank-AGB wichtig erscheinenden Kriterien aus der allgemeinen AGB-Beurteilung sollen im folgenden aufgezeigt werden, um den Maßstab für die im Hauptteil der Arbeit vorzunehmende Einzelbewertung der Klauseln herauszubilden.

1.21 Verhältnis formularmäßig-vereinbarter Freizeichnungsklauseln zu den Generalklauseln aus §§ 134, 138 Abs. 1, 157, 242, 315 Abs. 3 BGB

Wie bereits oben ausgeführt [3], läßt das dispositiv-gestellte Gesetzesrecht die Aufstellung und Einbeziehung von AGB in Individualverträge grundsätzlich zu. Diese Gegebenheit entspringt jedoch keineswegs einer erklärten Absicht des Gesetzgebers von 1898, denn einerseits war an AGB in der heute gebräuchlichen Form seinerzeit noch nicht zu denken, andererseits sollte die Abdingbarkeit der Vertragsnormen des BGB hauptsächlich die individuelle Vertragsgestaltung begünstigen, mit anderen Worten :

---

1) Schütz, a.a.O., S. 2 Z. 3
2) Anstelle vieler Autoren : L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere S. 277 ff ; v. Brunn, Streitgespräche ...., E 32 ff; Emmerich, Die Problematik ...., JuS 1972, S. 362; Nastelski, Zulässigkeit und Wirkung ...., DRiZ 1955, S. 212 ff; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen 1971, S. 175 ff
3) s.o. 1.121. S. 5

die nur wenig eingeschränkte Zulässigkeit des Gebrauchs von AGB beruht auf einem Freiraum im Gesetz [1], der auch bis heute noch nicht vom Gesetzgeber durch Sonderregeln über die AGB ausgefüllt wurde. Obwohl also wie Individualvereinbarungen vom Gesetz gebilligt, stellen sich Geschäftsbedingungen doch anders dar: sie werden nicht zwischen den Vertragsparteien frei ausgehandelt, vielmehr ist eine Vertragspartei gezwungen, sich einer von der anderen Partei gefertigten Vertragsordnung zu unterwerfen, will sie mit dieser ein Vertragsverhältnis begründen. Geschäftsbedingungen sind weiterhin nicht auf einen Einzelfall zugeschnitten, wie es die Individualvereinbarungen meistens sind; sie sollen einen solchen jedoch regeln. Schließlich bergen AGB die Gefahr in sich, wegen der Fülle der von ihnen umfaßten Klauseln den sie akzeptierenden Vertragspartner insoweit zu überfordern, als ihr Inhalt für ihn oft unübersehbar und überraschend ist [2]. Zur Vermeidung der sich aus diesen Unterschieden ergebenden Unausgewogenheiten in der Interessenlage der AGB-Benutzer einerseits und der diesen Unterworfenen andererseits hat die Rechtsprechung der Nachkriegszeit im Anschluß an Ansätze der Judikatur des Reichtsgerichts [3] die sogenannte Inhaltskontrolle der AGB entwickelt, die, ausgehend vom Prinzip der "sachlichen Angemessenheit" [4], den AGB einerseits ihr Recht auf Existenz nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit bestätigt, andererseits sie jedoch nur in den Bahnen zuläßt, in denen trotz Abweichens vom dispositiven Vertragsrecht eine genügende Berücksichtigung der Interessenlage

---

1) Ebenso W. Weber, Grundfragen ...., Betrieb 1970, S.2357
2) Mattern, Allgemeine Geschäftsbedingungen und sonstige Formularklauseln ...., WM 1974, S.762
3) RGZ 142, S.353 ff, 355 f; RG v. 31. März 1941, DR 1941, S.1726 f, 1727; RGZ 168, S.321 ff, 329; RG Seuff.A.97, Nr.6, S.17 f
4) Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1971, S.1012

des Kunden gewährleistet ist [1]. Letztere Einschränkung findet ihren Grund darin, daß ein Kunde bei einer üblichen Verhandlung mit einem Geschäftsmann zur Festlegung der individuellen Vertragsbedingungen persönlichen Einfluß auf deren Gestaltung nehmen kann, was in den meisten Fällen dazu führen wird, daß er selbst als der schwächere Vertragspartner sich bestimmte Rechte vorbehalten kann. Als den AGB Unterworfener ist er jedoch gezwungen, den Vertragsinhalt so zu akzeptieren, wie ihn der AGB-Aufsteller ihm vorlegt; zum Ausgleich dieser eingeschränkten Vertragsfreiheit ist der AGB-Aufsteller dafür verpflichtet, die Interessen seines zukünftigen Vertragspartners ausreichend zu wahren. Dieses Leitmotiv für die Inhaltskontrolle ist in einigen Entscheidungen ausdrücklich angeführt worden [2].

Aber nicht allein das Zugeständnis an den Kunden, ihm das eine oder andere nach dem Gesetz zustehende Recht zu belassen, kann als ausreichend angesehen werden, vielmehr sind stets vom "Gerechtigkeitsgebot" des dispositiven Rechts ausgehend die Interessen des Kunden soweit in AGB zu bewahren, als es trotz begründeten Abweichens von den gesetzlichen Vertragsnormen eben noch möglich ist [3]. Dieser Grundsatz bewirkt die verstärkte Abstützung der Kundeninteressenlage gegenüber der nicht selten allzu stark in den Vordergrund geschobenen Interessenlage des AGB-Verwenders; er berücksichtigt jedoch auch gleichzeitig die jeweils unterschiedlichen Belange einzelner Branchen und gestattet daneben eine einheitliche Beurteilung gleicher oder ähnlicher Klauseln innerhalb verwandter Einzelfälle. Indem nur AGB oder Klauseln daraus Bestand haben können, die sich in

---

1) BGHZ 17, S.1 ff, 3; BGHZ 20, S.164 ff, 167; BGHZ 22, S.90 ff, 97; BGHZ 33, S.216 ff, 219; BGHZ 38, S.183 ff, 185; BGHZ 41, S.151 ff, 154; BGH v. 4. November 1964, LM Nr.14 zu § 652 BGB; BGH v. 4. Juni 1970, NJW 1970, S.1596 ff, 1597; BGH v. 24. Februar 1971, NJW 1971, S.1036 ff, 1038 m.Anm. Schmidt-Salzer

2) z.B. BGH v. 22. Februar 1967, NJW 1967, S.1225 f, 1226; BGH v. 30. April 1969, Betrieb 1969, S.1337 f, 1338

3) BGHZ 41, S.151 ff, 154; BGHZ 54, S.106 ff, 109 f m.w.N.

den beschriebenen Beurteilungsrahmen einfügen lassen, werden das in einer Zivilrechtsordnung unverzichtbare Prinzip der Rechtssicherheit gewahrt und vom Rechtsbewußtsein der durchschnittlichen Bevölkerung divergierende Richterentscheidungen im AGB-Recht weitgehend vermieden.
Als Gestaltungsmerkmale des Beurteilungsgrundsatzes der " sachlichen Angemessenheit " sind von der Literatur [1] teilweise auch die unterschiedliche wirtschaftliche Macht zwischen den Vertragsparteien oder die intellektuelle Überlegenheit einer Seite genannt worden. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zwar läßt es sich nicht bestreiten, daß die Formulierung und Anwendung von einseitigen AGB häufig auf dem Umstand beruht, daß der Anwender dieser Vertragsbedingungen eine stärkere Position innehat als der ihnen Unterworfene. Der erkannten Ursache mancher einseitiger AGB läßt sich jedoch nicht dadurch beikommen, als man nun das Schwert quasi umdreht und den mit größerem Geistes- und Machtpotential ausgestatteten AGB-Verwender mehr als nach einem an den gesetzlichen Normen orientierten Interessenausgleich in seiner Gestaltungsfreiheit beschränkt. Eine sich an einer derartigen Forderung orientierende Inhaltskontrolle würde nur Unrecht durch Unrecht ersetzen. Vielmehr ist auch hier streng das Wertungsprinzip der Rechtssicherheit einzuhalten, das sich im AGB-Recht als Maßstab den in den abdingbaren Gesetzesnormen enthaltenen Interessenausgleich dienen läßt. Auch in bezug auf wirtschaftliche Stärke und geschäftliche Erfahrung unterschiedliche Positionen innerhalb der Kundschaft eines AGB-Verwenders finden solchermaßen Berücksichtigung : besitzt der Kunde nämlich die Kaufmannseigenschaft, so richtet sich der ihm gegenüber anwendbare Maßstab selbstverständlich auch nach den Normen des HGB aus. Eines darüberhinausgehenden besonderen Schutzes quasi als Kehrseite wirtschaftlicher und intellektueller

---

1) So: Emmerich, a.a.O., S. 361, 369 ; Schmidt-Salzer, Rechtspolitische Grenzen ...., NJW 1971, S. 174

Macht bedarf der Kunde aber nicht [1].
Die Inhaltskontrolle der AGB ist nur im Vergleich zum gesetzten Recht zulässig, nicht dagegen von Handelsbräuchen ableitbar. Treffen AGB und allgemein anerkannte kaufmännische Usancen gegensätzliche Regelungen, so greifen die auf die besondere Lage des Falles ausgerichteten AGB durch, Handelsbräuche können allenfalls zur ergänzenden Auslegung herangezogen werden [2]. Der Grundsatz des Vorranges der Spezialbestimmung vor der allgemeineren Bestimmung gilt im übrigen auch bei Konfrontation zwischen AGB und daneben vereinbarten Sonderbedingungen für zusätzliche Leistungen. Dieser für die Scheckbedingungen in Nr. 48 AGB-Banken [3] ausdrücklich festgelegte Grundsatz gilt ebenso nach allgemeiner Ansicht für alle anderen Sonderbedingungen [4]. Schließlich sind Widersprüche zwischen AGB und Individualabreden dahingehend aufzulösen, daß letzteren immer der Vorrang gebührt [5].

Den angeführten Regeln der richterlichen Inhaltskontrolle ist besonders in letzter Zeit häufig die Zustimmung mit der Begründung versagt worden, daß dadurch allein die einseitigen und unbilligen Auswirkungen der Anwendung von AGB im Einzelfall verhindert werden könnten, die Gesellschaft auf diese Weise jedoch nicht grundsätzlich vor ausschließlich unternehmensbegünstigenden Klauseln geschützt werden könne [6].
Auf die mit dieser Argumentation zusammenhängenden Fragen soll hier kurz eingegangen werden: Die für eine Änderung der Kontrollapparatur für AGB plädierenden Kreise [7] haben recht in ihrer Ansicht, daß Rechtsprechungsgrundsätze in

---

1) Ebenso Bastian-Böhm, Schutz der Kaufleute vor AGB, BB 1974, S.111
2) Schönle, a.a.O., S.14
3) =Nr.52 AGB-Sp "Für den Scheckverkehr gelten im übrigen die auf den Scheckbüchern der Bank aufgedruckten Bedingungen ....".
4) Schönle, a.a.O.
5) BGH v. 18. März 1955, MDR 1955, S.542 f, 543
6) Anstelle anderer: Grunsky, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft, BB 1971, S.1117 f
7) Übersicht des Meinungsstandes bei Rinck, Die Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung, WuW 1974, S.292 ff; und Löwe, Der Stand der rechtspolitischen Diskussion um die AGB, BB 1973, S.585 ff

der Regel nicht unmittelbaren Einfluß auf rechtsgestaltende Vorgänge, wie es die Aufstellung von AGB sind, haben; ein mittelbarer Einfluß dergestalt, daß bei ständig übereinstimmender Rechtsprechung sich die Formulierung von AGB mittel- bis langfristig daran ausrichtet, ist indes gewiß [1]. Da allerdings einerseits eine dorthingehende Bewußtseinsbildung bei den Verfassern von AGB Zeit in Anspruch nimmt, andererseits die auf Vertragsschluß angewiesenen Waren- oder Dienstleistungsempfänger vor ungerechtfertigten Klauseln frühzeitig geschützt werden sollen, ohne erst jeweils den Ausgang eines Rechtsstreits abwarten zu müssen, ist die Forderung nach einer Inhaltskontrolle der AGB im vorvertraglichen Stadium nicht ungerechtfertigt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Rechtsgehalt von AGB künftig einer öffentlich-rechtlichen Überwachung etwa in Gestalt einer Kontrolle durch eine Sonderabteilung des Bundeskartellamts [2] unterliegen soll, ob deren Inhaltsgrenzen durch Rechtsnormen festgelegt werden sollen [3] oder ob eine Kombination beider Verfahren die beste Lösung darstellen würde [4].

Die Alternative, die die Grenzen der Zulässigkeit von AGB in eine Gesetzesform gießen will, ist in einer freien Gesellschaft mit einem von Eigeninitiative bestimmten Wirtschaftssystem als einzige annehmbar. Das folgt daraus, daß durch sie allein die für jede Art selbstgewählter Geschäftsbeziehungen notwendige Vertragsfreiheit, die doch gerade die Gewähr für ein modelliertes und flexibles Anpassen an die speziellen Verhältnisse des Einzelfalls bietet und damit einer besonderen Individualgerechtigkeit zum

---

1) Steuer, Die Problematik ...., Bank-B 1975, S.83
2) So die Forderung des "Rechtspolitischen Kongresses der SPD" vom Mai 1972, s. bei Duden, Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Beitrag Ramm, S.73 ff
3) So Bundesminister der Justiz, 1. Teilbericht der Arbeitsgruppe AGB, S.27 ff; Kötz, a.a.O., A 62 ff; ausführlicher Überblick bei Dietlein, Neue Rechtsmaßstäbe für Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1974, S.969 ff
4) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB, Betrieb 39 aus 1974, Beilage 18; Rinck, Allgemeine Geschäftsbedingungen ...., WuW 1974, S.301, 303, Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen ...., S.39

Durchbruch verhilft, auf Seiten der AGB-Verwender zwar eine notwendige Einengung, jedoch keine von behördlichem Ermessen abhängige Beschneidung erfährt. Um also aus der bisher den AGB-Verwendern gewährten Vertragsfreiheit eine der sozialen Verantwortung Rechnung tragende Vertragsfreiheit zu machen, muß an der Stelle die Schlaufe enger gelegt werden, wo sie vorher zu weit ausgefallen war, nämlich im allgemeinen Vertragsrecht des BGB. Bei einer Generalklausel [1] allein wird man es dabei nicht bewenden lassen können, böte sie doch aus ihrer Natur heraus wieder zu viele Angelpunkte für Rechtsstreitigkeiten. Es sind vielmehr Vorschriften nach Art des Referentenentwurfes [2] oder des sich nicht wesentlich davon unterscheidenden Entwurfes der CDU [3] in das BGB einzufügen oder ihm zur Seite zu stellen, die neben einer den Grundsatz der Interessenabwägung zwischen beiden Vertragsparteien festschreibenden Generalklausel zwingende Bestimmungen über solche Vertragsbedingungen treffen, denen der Eingang in AGB in Zukunft verwehrt sein soll. Dabei sollten jedoch die Entwürfe dahingehend vervollkommnet werden, daß sie mehr auf die Bedürfnisse und Besonderheiten einzelner Branchen bei der Aufstellung eines Verbotskatalogs für AGB-Klauseln abstellen. Es kann nämlich durchaus unterschiedlich zu bewerten sein, ob eine bestimmte Freizeichnungsklausel sich in den Geschäftsbedingungen etwa eines Transportunternehmers oder eines Kreditinstituts [4] befindet. Vor einer unterschiedslosen Gleichstellung aller branchentypischer AGB in diesem Gesetz ist jedenfalls zu warnen, schon um nicht alte Ungerechtigkeiten gegen neue einzutauschen.

---

1) Vorschlag einer Generalklausel bei Trinkner, Vorschlag ... BB 1973, S. 1501 f, und Kötz, a.a.O., A 67
2) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB, a.a.O.
3) Held u.a., Entwurf eines Gesetzes über die AGB, BB 26/74, Beilage 9
4) Steuer, a.a.O., S. 85; siehe dazu als Beispiel auch die Ausführungen unten 2.94, S. 89 f

Gegenüber der vorgenannten Lösung bleibt der Vorschlag einer allgemeinen Präventivkontrolle für AGB, demzufolge künftig beinahe alle Geschäftsbedingungen [1] vor ihrer Einführung der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedürfen, zurück [2]. Abgesehen davon, daß es prinzipiell den Grundsätzen einer freien Wirtschaftsordnung zuwiderläuft, wenn der Staat jedes zwischen den Partnern des Produktions-, Handels- oder Dienstleistungsverkehrs schwebende Problem mit dirigistischen Mitteln zu lösen versucht [3], lassen sich weitere negative Folgen für die Gesellschaft wie hohe Kostenbelastung des öffentlichen Haushalts durch Errichtung einer weiteren Superbürokratie, Unbeweglichkeit der Geschäftsbeziehungen wegen des Unwillens der AGB-Verwender, nach einmaliger Genehmigung Änderungen ihrer Klauseln vorzunehmen und Festschreibung von Entgelten für risikobelastete Leistungen [4] absehen, während positive Gesichtspunkte wie effektive Arbeitsweise, flexible Anpassung an neue Rechtsan- und -einsichten und last not least absoluter Verbraucherschutz in jedem Mißbrauchsfall schon aus der Erfahrung mit anderen Kontrollbehörden nicht sichergestellt scheinen. Die Einrichtung eines"staatlichen AGB-Aufsichtsamtes" empfiehlt sich daher nicht [5].

Zurück zu der heute ausschließlich eingreifenden Kontrollinstitution für AGB, der Rechtsprechung. Von ihr wurden neben den Beurteilungsgrundsätzen für die Inhaltskontrolle auch solche für die Auslegung von Formularklauseln entwickelt, auf die innerhalb der folgenden Besprechung der konkreten Rechtsgrundlagen zur Bewertung dieser Klauseln zunächst eingegangen werden soll.

---

1) Rinck, a.a.O., S. 302
2) Das bedeutet also eine Erweiterung und Veränderung der bereits heute gemäß §§ 2, 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB von der Kartellbehörde geübten Praxis, die AGB der Konditionenkartelle und die empfohlenen AGB nach ihrer Einführung in den Geschäftsverkehr auf Mißbrauchstatbestände hin zu untersuchen.
3) Ebenso Schmidt-Salzer, AGB-Bilanz und rechtspolitische Forderungen, S. 43
4) Zur Argumentation s.a. Löwe, a.a.O., S. 586 ff m.w.N.
5) So im Ergebnis auch Fikentscher, a.a.O. § 26 V 5e, S. 104

1.211. Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 157 BGB

Die Auslegung von Verträgen bei Rechtsstreitigkeiten der Parteien über deren Inhalt heißt, den geringsten Eingriff in ein Rechtsverhältnis zu nehmen. Diese Maßnahme zur Klarstellung von Vertragsinhalten ist immer dort angebracht, wo unzweifelhaft feststeht, daß die vertragsschließenden Parteien das inhaltlich umstrittene Rechtsverhältnis grundsätzlich in der gewählten Form billigten.

Unklaren sprachlichen und damit mehrdeutigen Inhalten kann gemäß § 157 BGB im Wege der richterlichen Bewertung eine verständliche Interpretation zugeordnet werden. Die Vorschrift ist auch auf einzelne AGB-Bestimmungen wie Freizeichnungsklauseln anwendbar [1]. Ein Meinungsstreit befaßt sich jedoch damit, wie eine Auslegung für Formularklauseln erfolgen soll. Von der Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur [2] wird die sogenannte objektive Auslegungstheorie vertreten, derzufolge im Gegensatz zur Auslegung einer Individualvereinbarung, die auf den konkreten Willen der Parteien abstellt, in einem AGB-Vertrag der "typische Sinn" der Klauseln maßgeblich ist [3], mit anderen Worten: die zur Überprüfung vorliegende Einzelbestimmung ist dahingehend zu interpretieren, wie sie aus der Warte durchschnittlicher, verständiger Kreise aufzufassen ist und von redlichen, in den entsprechenden Geschäften bewanderten Personen als Ausdruck einer ausgewogenen Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen hingenommen werden kann [4]. Demgegenüber vertritt Weber [5] die subjektive Auslegungstheorie. Diese Theorie will die Auslegung von AGB-Klauseln nur innerhalb der engen Grenzen eines Einzelvertrages anwenden, es soll

---

1) H.M. Soergel-Knopp, a.a.O., § 157 Rdn.59; v. Staudinger-Coing, a.a.O., § 133 Rdn.42 ff
2) Anstelle anderer: L. Raiser, a.a.O., S.252; Mattern, a.a.O., WM 74, S.765; Palandt-Heinrichs, a.a.O., Einf. v. § 145 Anm.6 C a
3) BGH v. 14. Februar 1968, Betrieb 1968, S.655
4) Zuletzt BGHZ 62, S.251 ff, 254 m.Verw.auf BGHZ 33, S.216 ff, 218 m.w.N.; BGH v. 26. Januar 1973, WM 1973, S.232 f, 233
5) W. Weber, Grundfragen zum Recht der AGB, Betrieb 1971, S.129 f m.w.N.

also die jeweilige Klausel nur in ihrem Verhältnis zwischen AGB-Aufsteller und dem mit ihm im Rechtsstreit liegenden Kunden ausgeleuchtet werden. Der Verfasser begründet seine Theorie damit, daß Grundlage eines jeden derartigen Rechtfindungsprozesses konträre Ansichten der Beteiligten in einem bestimmten Rechtsverhältnis seien, innerhalb dessen AGB nur ein Faktor unter anderen sei. Daher könne sich die Rechtskontrolle auch nur auf dieses individuelle Vertragsverhältnis richten. Wenn Weber also davon ausgeht, daß der Akzeptant der AGB - nur ihm wird im Regelfall an einer Bewertung der "unklaren" Klausel liegen - allein seine persönliche Rechtslage im Hinblick auf die Geschäftsbedingungen zu klären wünscht, er hingegen kein Interesse an einem, einen breiten Bereich tangierenden "Normenkontrollverfahren" habe, so hat er sicher nicht unrecht. Der Rechtsprechung obliegt jedoch nicht allein die Schaffung einer individuellen Gerechtigkeit, sondern sie hat darüberhinaus auch als Pfeiler der Rechts- und Gesellschaftsordnung die Aufgabe, Rechtsfürsorge für die Allgemeinheit zu betreiben, aus welcher der Einzelne letztlich wieder schöpfen kann. Auf die hier besprochene Auslegungsweise für AGB bezogen bedeutet dies aber, daß die Auslegung so vorzunehmen ist, wie sie das Gesamtinteresse der Kreise, die unter Einbeziehung solcher Bedingungen kontrahieren, erfordert [1]. Das Individualinteresse hat dabei, soweit es nicht von dem Gesamtinteresse gedeckt wird, zurückzustehen. Nur so wird eine allgemein verbindliche Transparenz der unklaren Klauseln geschaffen, nur so kann, da weite Kreise angesprochen werden, das allgemeine Rechtsbewußtsein gefördert werden mit der Folge, daß sich bei AGB-Akzeptanten ein kritisches Selbstbewußtsein gegenüber unbilligen Formulierungen ebenso entwickelt wie sich AGB-Verwender umgekehrt zu einer Neufassung ihrer Bedingungen getrieben sehen können. Der objektiven Auslegungstheorie ist also der Vorrang einzuräumen.

---

1) So bereits grundlegend RGZ 81, S.117 ff, 119

Selbstverständlich darf bei der Auslegung einer Formularklausel gemäß § 157 BGB eine beide Seiten berücksichtigende Interessenlage nur als Interpretationskriterium zur Feststellung des Sinnes der jeweiligen Bestimmung dienen - nicht zulässig wäre es dagegen, einen dieser Vorstellung entsprechenden Inhalt der Klausel dort zuzumessen, wo deren Text dafür keinen Raum läßt [1]. Verbleiben trotz verständiger Würdigung des Sinngehaltes Zweifel, so wirken diese zuungunsten des AGB-Aufstellers oder -Verwenders, denn schließlich muß er es sich zurechnen lassen, nicht für eine klare Ausdrucksweise gesorgt zu haben [2]. Dieser Grundsatz, der im übrigen ebenso in der Schweiz, Italien und England [3] Beachtung findet, wird in Deutschland [4] entgegen der Ansicht Lieseckes [5], der sich unrichtigerweise auf Haidinger [6] beruft, auch nach Entwicklung der Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB weiter angewandt. Wenn dennoch die Beurteilungsregeln der Inhaltskontrolle häufiger durchgreifen, liegt das daran, daß die so oft angegriffenen Freizeichnungsklauseln meistens weniger unklar als ungerecht sind.

1.212. Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 134 BGB

Die Inhaltskontrolle für Klauseln aus AGB basiert auf den Vorschriften aus §§ 138 Abs. 1, 242, 315 BGB; mit Vorbehalt wohl auch auf § 134 BGB, wenngleich diese Bestimmung dem Richter einen Entscheidungsspielraum nicht mehr läßt: eine Klausel, die zum Beispiel die Umgehung eines devisenrechtlichen Verbotes zum Ziele hat, ist im Grundsatz [7]

---

1) v. Staudinger-Coing, a.a.O., § 133 Rdn.24
2) H.M. BGHZ 5, S.111 ff, 115; BGH v. 26. Januar 1973, WM 1973, S.232 f, 233; Mattern, a.a.O., S.765 m.w.N.
3) Literaturhinweise bei Liesecke, Haftungsausschlüsse der Kreditinstitute, WM 1970, S.503
4) Entscheidungen s.o. Fußnote 2)
5) Liesecke, Haftungsausschlüsse der Kreditinstitute, WM 1970, S.503
6) Haidinger, Unklarheitenregel ...., Vers R 1955, S.370
7) Ausnahmen für Umgehungsgeschäfte s. bei Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 134 Anm.4 m.w.N.

absolut gegenüber jedermann nichtig [1], desgleichen eine Freizeichnungsklausel, die im Widerspruch zu § 276 Abs. 2 BGB die Haftung des AGB-Verwenders für Vorsatz ausschließt. Die Verbotsregelung aus § 134 BGB ist von dem in einem Zivilprozeß angerufenen Gericht von Amts wegen zu beachten [2] und muß daher regelmäßig die Nichtigkeitserklärung des betreffenden Rechtsgeschäfts auslösen.

1.213. Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 138 Abs. 1 BGB

Die Inhaltskontrolle für AGB gemäß § 138 Abs. 1 BGB gilt als weitgehend überholt; schwerpunktmäßig ist die Rechtsprechung heute auf § 242 BGB übergegangen [3].
Für die inhaltliche Überprüfung von Klauseln aus Geschäftsbedingungen zog das Reichsgericht wie auch die ältere Literatur anfänglich noch ausschließlich § 138 Abs. 1 BGB heran [4]. Mittels dieser Vorschrift ließen sich jedoch in der Hauptsache nur solche AGB-Bestimmungen aus den Angeln heben, die in besonders verwerflicher Weise die geringsten Anforderungen an Gerechtigkeit und Billigkeit mißachteten [5], wie auch solche, die wegen allgemeinen Gebrauches innerhalb eines marktbeherrschenden Unternehmens oder eines Wirtschaftsverbandes dem Kunden keine Möglichkeit zum wahlweisen Abschluß unter anderen Bedingungen ließen (sogenannter Monopolmißbrauch) [6]. Heute gibt eine Monopol- oder Oligopolstellung von AGB-Verwendern der Rechtsprechung nur noch selten Anlaß, deren Klauseln nach § 138 Abs. 1 BGB zu verwerfen. Jedenfalls muß die außergewöhnliche Machtstellung eines oder mehrerer Unternehmer, die sich beispielsweise dadurch auszeichnet, daß sie innerhalb eines bestimmten Bezirkes "ein für den Verkehr unentbehrliches Gewerbe" [7]

---

1) v. Staudinger-Coing, a.a.O., § 134 Rdn.5
2) Soergel-Hefermehl, a.a.O., § 134 Rdn.32; a.A. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, vor § 128 VII 3a) im Gegensatz zur Vorauflage
3) BGHZ 33, S.216 ff, 218 f
4) Übersicht bei Nastelski, Zulässigkeit und Wirkung von AGB, DRiZ 1955, S.214
5) RGZ 20, S.115 ff, 117; RGZ 168, S.321 ff, 329
6) RGZ 115, S.123 ff; RGZ 143, S.24 ff, 28; Lukes, Grundprobleme ...., JuS 1961, S.307
7) BGH v. 13. März 1956, WuW 1956, S.793 ff, 794

kontrollieren, verbunden sein mit einem außergewöhnlichen großen Ungleichgewicht zwischen den den Unternehmern und den Kunden zustehenden Rechten und Pflichten aus AGB, wenn die hier besprochene Vorschrift überhaupt zum Zuge kommen soll [1]. Liegen diese Voraussetzungen allerdings in den von einer Mehrzahl von Unternehmern benutzten AGB vor, so hat die Durchsetzung dieses Grundsatzes der richterlichen Inhaltskontrolle mit der Folge der Nichtigkeit der beurteilten Klausel de facto die gleiche Wirkung wie ein Widerspruch der Kartellbehörde gemäß der Vorschrift aus § 2 Abs. 3 GWB, die bei fehlendem Nachweis einer auf Verträgen oder Beschlüssen - und nicht nur auf einem Zufall - beruhenden Verwendung gleicher AGB bei verschiedenen Unternehmen keine Anwendung finden kann [2]. Gegen die allseitige Anwendung gleicher oder ähnlicher Geschäftsbedingungen innerhalb einer Branche bestehen also grundsätzlich dann keine Einwendungen aus § 138 Abs. 1 BGB, wenn die von diesem Umstand ausgehende Beschneidung des Kundeninteresses durch besondere Vorsorge zur Schaffung eines unzweifelhaften Gerechtigkeits- und Billigkeitsgehaltes in den AGB seitens der Aufsteller ausgeglichen wird [3].

Die Beantwortung der Frage, inwieweit bei den Banken diese Voraussetzungen vorliegen und die vorgenannten Anforderungen hinsichtlich ihrer AGB erfüllt sind, hängt zunächst davon ab, ob aus der weitgehenden Vereinheitlichung der Geschäftsbedingungen und der ähnlichen Formulierung der AGB anderer Kreditinstitute bereits eine besondere Machtstellung ersichtlich ist. Eine auch nicht von Außenseitern durchbrochene Monopolstellung der Geldinstitute nehmen Hagenmüller [4] und Schönle [5] mit der Begründung an, daß dem Bankkunden bei keinem deutschen Kreditinstitut die Möglichkeit geboten werde, zu günstigeren Rechtskonditionen

---

1) BGH v. 13. März 1956, a.a.O., s.a. schon RGZ 99, S. 107 ff, 109 f
2) Benisch, Anm. zu BGH v. 13. März 1956, WuW 1956, S. 795
3) Ebenso Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 116 ; G. Raiser, Gerichtliche Kontrolle ..., S. 156 f
4) Hagenmüller, Der Bankbetrieb, Bd. 3, S. 398 f
5) Schönle, a.a.O., S. 13

als bei einem Konkurrenzunternehmen abzuschließen. Diese Ansicht ist so absolut geäußert nicht richtig. Zwar benutzen, wie oben ausgeführt [1], die den verschiedenen Verbänden angeschlossenen Kreditinstitute fastausnahmslos jeweils gleiche AGB; zwischen den Bedingungen privater Banken, denen öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute und denen der Genossenschaftsbanken bestehen trotz Ähnlichkeit dennoch gewisse Unterschiede [2], die sich beispielsweise in unterschiedlichen Widerspruchsfristen (Nr.28 AGB-Banken - Nr.27 AGB-Sparkassen), oder in weiterer oder engerer Fassung des Haftungsrahmens für Kreditinstitut und Kunden (wie in Nr.16 AGB-Banken - Nr.10 Abs. 2 AGB-Sparkassen [3] für das Ausbleiben zu erwartender Anzeigen der Bank oder in Nr.9 Bedingungen für den Überweisungsverkehr der Sparkassen - Pendant bei Banken fehlt - Haftung des Kunden für Fälschungen von Überweisungsaufträgen [4]) äußern. Sollten die Umstände des Einzelfalls dennoch ergeben, daß sich einem Kunden die Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Vertragsbedingungen nicht bietet, so bedarf es als weiterem Kriterium der Inhaltskontrolle der Feststellung, ob die Geldinstitute die angegriffene Klausel mißbräuchlich verwenden. Eine solche Ansicht wird jedoch auch nicht von den oben genannten Befürwortern eines Monopols vertreten.

Im Schrifttum wurde von Weber [5] die Frage aufgeworfen, warum die Inhaltskontrolle der AGB sich nicht wieder allein auf die Rechtsgrundlage des § 138 BGB zurückziehen würde. Dazu bedürfe es allein einer Objektivierung des Begriffes "gute Sitten" im Sinne von "boni mores", der als Gegensatz des heute gebräuchlichen Sinnes "moralitas" zu verstehen sei. Ein so in Gang gesetzter neuer Denk- und Vorstellungsprozeß würde den gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßenden AGB-

---

1) s.o. 1.11, S.4
2) Ebenso Schütz, a.a.O., S.2 Z.3; Fikentscher, Sind die Allgemeinen Deutschen Speditionsbedingungen ...., BB 1961, S.298
3) S.u. 5.2, S.138 ff
4) Liesecke, Das Bankguthaben ...., WM 1975, S.244
5) H. Weber, Zur Inhaltskontrolle von AGB durch den BGH, NJW 1972, S.1793 ff

Verwender von einem moralischen Vorwurf befreien und damit die "psychologische Sperre" zur Anwendung dieser Vorschrift beseitigen. Der Begriff "gute Sitten" könne sodann mit einem die "ständige Anpassung an den Wandel der Bedürfnisse und Anschauungen" [1] gestattenden Inhalt ausgefüllt werden und damit im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB als Generalklausel für AGB dienen, die jede weitere Gesetzesinitiative zur Lösung des Problems überflüssig mache. So bestechend der Vorschlag, die Inhaltskontrolle auf eine Formel zurückzuführen, zunächst erscheint, so enthält er bei näherer Betrachtung doch keine Vorteile im Vergleich zur bestehenden Praxis, im Gegenteil, seine Anwendung könnte die vorherrschende, der Rechtssicherheit dienende, einheitliche Rechtsprechung auf Jahre hinaus spalten. Versucht man nämlich, den Begriff "gute Sitten" mit einem auf Gerechtigkeit und Billigkeit ausgerichteten Inhalt zu füllen, wird man entweder die aus den Rechtssätzen, die bisher der Inhaltskontrolle von AGB dienten, entwickelten Kriterien auf die "neue" Rechtsgrundlage übertragen - damit würde jedenfalls nichts verdorben, wenn auch einige Verwirrung gestiftet - oder es käme, da unser Rechtsstaat über eine unabhängige Rechtsprechung verfügt, dazu, daß durch eine allseitige Suche nach neuen Bewertungsmaßstäben eine einheitliche Inhaltskontrolle über einen längeren Zeitraum bis zu einer Konsolidierung unterbliebe; ein Argument übrigens, das gegenüber allen zu allgemein gehaltenen Vorschlägen für AGB-Generalklauseln seine Berechtigung hat. Einer Beschränkung der Inhaltskontrolle auf der Grundlage von § 138 Abs. 1 BGB allein auf die oben [2] aufgeführten Tatbestände ist daher zuzustimmen.

---

1) derselbe, a.a.O., S.1794
2) s.o. S.42 f

1.214. Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln gemäß § 242 BGB

Die Vorschrift des § 242 BGB dient der heutigen Rechtsprechung weitgehend als Rechtsgrundlage zur Beurteilung von AGB-Klauseln. Da diese Bestimmung in Form einer Generalklausel zu weit gefaßt ist, um aus sich heraus selbst Grundsätze für die Inhaltskontrolle von AGB hervorzubringen, bedurfte es der Schaffung solcher Kriterien zur Ausfüllung des Begriffs "Treu und Glauben": vorwiegend "die Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts" [1], aber auch Definitionen wie das "Allgemeininteresse" [2] oder das "Billigkeitsgefühl des Richters im Einzelfall" [3] wurden von Lehre und Rechtsprechung geprägt und von letzterer in dem Rahmen angewandt, wie es bereits oben [4] beschrieben wurde.
Durch die vom Gesetzgeber in ein Verhältnis zu "Treu und Glauben" gestellte "Verkehrssitte" ist sichergestellt, daß die Lesart des Treu und Glauben-Begriffs entsprechend den Ansichten und Vorstellungen der Zeit in Ableitung der Gepflogenheiten der jeweils beteiligten Kreise einer fortdauernden Modifizierung unterliegt - ein Umstand, dem im Spannungsverhältnis zwischen dem permanenten Veränderungsprozeß der Gesellschaft und teilweise über Jahre hinaus sich nur unwesentlich anpassenden AGB besondere Bedeutung zukommt.

Wenn auch nicht dem Bereich "Inhaltskontrolle von AGB" zugehörig, sei an dieser Stelle noch auf eine andere Funktion des § 242 BGB im Verhältnis zu AGB hingewiesen: Diese Vorschrift kommt auch dann zur Anwendung, wenn die zu beurteilende Klausel ihrem Inhalt nach zwar grundsätzlich angemessen ist, der AGB-Verwender in Form der "unzulässigen

---

1) L. Raiser, Das Recht der AGB, S.277 und 293; v. Staudinger-Weber, § 242 Rdn.D 97 m.w.N.; s.a.o. 1.21, S.32 f
2) RGZ 170, S.233 ff, 241
3) Emmerich, Problematik der AGB, JuS 1972, S.366
4) s.o. 1.21, S.32 f

Rechtsausübung" dennoch widerrechtliche Vorteile aus ihr zu ziehen sucht [1]. Ein solcher Fall ist zum Beispiel dann gegeben, wenn eine Bank trotz grundsätzlicher Rechtswirksamkeit ihrer Freizeichnungsklausel für Rat und Auskunft (Nr.10 AGB-Banken) [2] aus einer von ihr erteilten unrichtigen Auskunft, deren Befolgung bei dem Kunden zu einem Schaden führt, selbst einen Vorteil zieht: eine Berufung auf Nr. 10 AGB wird ihr durch § 242 BGB verwehrt [3].

1.215. Rechtliche Beurteilungsgrundsätze für Haftungsausschlußklauseln analog § 315 Abs. 3 BGB

Von einem bedeutenden Teil der Literatur [4] wird die Ansicht vertreten, eine Inhaltskontrolle für AGB sei nach § 242 BGB ihrer rechtlichen Begründung wegen unzulänglich, denn § 242 BGB tauge zwar zur Interessenabwägung in einem konkreten Einzelfall, könne jedoch nicht - wie von der Rechtsprechung fälschlicherweise praktiziert - zur allgemeinen Interessenabwägung der von bestimmten AGB betroffenen Kreise herangezogen werden [5]. Ein auf die rechtliche Bewertung von AGB zugeschnittener Schutzgedanke sei jedoch in der Vorschrift des § 315 Abs. 3 BGB bereits enthalten: Derjenige, dem Privatautonomiebefugnisse des Vertragspartners übertragen worden seien, habe die aus dem Mandat sich ergebenden Entscheidungen unter der Beachtung der Billigkeit zu treffen. Da der AGB-Aufsteller den Auftrag zur Entwicklung von Vertragsbestimmungen nicht durch Vereinbarung der Parteien erhalten habe, sondern dieses Recht ungefragt im Voraus an sich gezogen habe, werde zwar die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB unmöglich gemacht, eine

---

1) RGZ 166, S.113 ff, 117; BGH v. 2. Februar 1961, Betrieb 1961, S.368 f, 369
2) S.u. 3., S.91 ff
3) BGHZ 13, S.198 ff, S.201
4) Larenz, Allg. Schuldrecht, § 6 III; Lukes, § 315 als Ausgangspunkt ...., NJW 1963, S.1897 ff; eingeschränkt auch Fikentscher, a.a.O., § 26 V 5d; Emmerich, a.a.O., JuS 1972, S.367
5) Lukes, a.a.O., S.1897 f

analoge Anwendung sei jedoch wegen der Ähnlichkeit der Tatbestände nicht ausgeschlossen. Es könnten daher nur solche AGB-Klauseln im Verhältnis zu der Gesamtheit der Kunden Wirksamkeit erlangen, die einer billigen Interessenabwägung der normalerweise an diesbezüglichen Geschäften beteiligten Parteien entsprächen [1].

In der Beurteilung der Rechtsfolgen [2] der von ihnen gemeinsam vertretenen Ansicht gehen die genannten Autoren jedoch verschiedene Wege. Während Larenz [3] eine analog § 315 Abs. 3 BGB für unangemessen erachtete Klausel zu streichen empfiehlt und an ihre Stelle das dispositive Recht treten läßt, wollen Lukes [4] und wohl auch Emmerich [5] die analoge Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB mit der Konsequenz weiterführen, daß dem Richter durch Gestaltungsurteil eine von Billigkeitsgesichtspunkten geleitete Umformung der angegriffenen Klausel gestattet sei.

Der BGH hat in einer Entscheidung [6] die Vorschrift des § 315 Abs. 3 BGB zur Inhaltskontrolle von AGB herangezogen. Unter Vermeidung einer rechtsdogmatischen Unkorrektheit - der über den Einzelfall hinausgehenden Inhaltskontrolle auf der Basis von § 242 BGB - hat er eine andere an ihre Stelle gesetzt: Er hat eine Vorschrift, wenn auch in analoger Anwendung, zur Inhaltskontrolle von AGB angezogen, die eben gerade nicht die Grenze zum Rechtsmißbrauch in Fällen ungebeten übernommener fremder Parteienrechte absteckt, sondern die nach Art ihrer schematischen Einordnung in das zweite Buch des BGB - den Willen des Gesetzgebers ausdrückend - allein dann Anwendung finden soll, wenn Gestaltungsbefugnisse zur Ausfüllung eines bereits bestehenden Vertrages von einer Vertragspartei der anderen willentlich übertragen worden sind [7]. Wenn auch ohne ausdrückliche

---

1) Larenz, a.a.O.
2) s. dazu a.u. 1.22, S.49 f
3) Larenz, a.a.O.
4) Lukes, a.a.O., S.1901
5) Emmerich, a.a.O.
6) BGHZ 38, S.183 ff, 185 = BGH v. 29. Oktober 1962, BB 1962, S.1392
7) W. Weber, Grundfragen ...., Betrieb 1971, S.136; Soergel-Lange, a.a.O., Vor § 145 Rdn.101 m.w.N.

Stellungnahme, so doch offenbar von der Einsicht getragen, daß dem Wesen nach trotz weiter bestehender Schwierigkeiten in der Begründung die Heranziehung von § 242 BGB zur Inhaltskontrolle gerechtfertigter erscheint, hat der BGH richtigerweise die oben angeführte Rechtsprechung nicht weiterverfolgt [1].

1.22 Rechtsfolgen der Rechtsunwirksamkeit von Freizeichnungsklauseln

In der Beurteilung der Rechtsfolgen, die der Inhaltskontrolle gemäß §§ 138 Abs. 1 und 242 BGB wie auch der Auslegung gemäß § 157 BGB entspringen, besteht in Rechtsprechung und Lehre weitgehende Übereinstimmung. Grundsätzlich sind Freizeichnungsklauseln wie auch andere AGB-Klauseln, die die Inhaltskontrolle wegen Unangemessenheit oder Sittenwidrigkeit nicht bestehen, zu streichen und an ihre Stelle - sofern vorhanden - die entsprechenden dispositiven Gesetzesnormen zu setzen [2]. Daneben ist ein Rückgriff auf ungeschriebenes dispositives Recht, beispielsweise auf anerkannte Handelsbräuche, ebenso möglich, wie ein Wiederaufgreifen einer allgemeinen AGB-Klausel im Falle einer beispielsweise für unbillig erachteten, den gleichen Sachverhalt regelnden Klausel aus AGB-Sonderbedingungen [3]. Schließlich kann auch eine an "§ 242 BGB orientierte Auslegung" zu einer vertretbaren Interessenlage führen [4]. Diese Regeln gelten ausdrücklich [5] auch dann, wenn aufgrund der Vorschrift aus § 138 Abs. 1 BGB einer oder mehreren Klauseln aus AGB die Rechtswirksamkeit verwehrt ist; § 139 BGB schlägt mit seinem Nichtigkeitsgebot für das gesamte von AGB erfaßte Rechtsgeschäft insoweit nicht durch.

---

1) BGH 41, S.151 ff, 154; BGH v. 4. November 1964, NJW 1964, S.246 f, 246
2) Anstatt vieler: BGH v. 19. April 1972, NJW 1972, S.1227 ff, 1228; BGH v. 20. Dezember 1972, WM 1973, S.167 ff
3) Schönle, a.a.O., S.14
4) Schmidt-Salzer, Anm. zu BGH v. 3. März 1971, NJW 1971, S.1034 ff in NJW 1971, 1034
5) L. Raiser, a.a.O., S.323; Mattern, a.a.O., S.772; OLG Celle v. 7. Dezember 1962, BB 1963, S.116 m.w.N.

Das hat seinen Grund in folgendem: Bei Nichtigkeit eines Teils eines frei unter Vertragsparteien ausgehandelten Vertrages kommt § 139 BGB zur Anwendung, um die Vergewaltigung einer Partei unter einen nun nicht mehr ihrem Willen entsprechenden Vertrag zu vermeiden. Dagegen sind AGB nicht frei unter den Vertragsparteien ausgehandelt, sondern von einer Seite zur Bedingung für einen Vertragsschluß gemacht worden. Hat die andere Seite durch den Vertragsschluß sich diesen Bedingungen unterworfen, hat sie also in weitestgehender Form auf die Ausübung ihres Mitgestaltungsrechts am Vertragsinhalt verzichtet, so wird sie durch Nichtigerklärung eines Teils der Vertragsbedingungen nicht noch mehr in ihrer Handlungs- und Willensfreiheit beschränkt, sondern eher weniger [1]. Mit einer Nichtigkeitserklärung würde man der zu schützenden Partei "Steine statt Brot" geben [2], da der von ihr angestrebte Vertragserfolg zwangsläufig ausbleiben muß. Die Nichtigkeitserklärung muß daher im Regelfall unterbleiben.
Der ausnahmsweisen Anwendung von § 139 BGB mit der Folge der Nichtigkeit des ganzen Vertragswerkes unterliegt ein Vertrag jedoch dann, wenn ein Festhalten an ihm der den AGB unterworfenen Partei nicht mehr zugemutet werden kann. Dieser Fall ist anzunehmen, wenn ein vom Gesetz nicht als Vertragstyp vorgesehener Formularvertrag eine Vielzahl unangemessener Klauseln enthält, deren Streichung beziehungsweise deren im Auslegungswege vorgenommene Rückführung auf ein vertretbares Maß ein völlig verändertes Vertragsbild entstehen läßt [3].

Mit der Aufzeigung der Konsequenzen aus unzulässigen AGB-Klauseln, insbesondere der speziellen Freizeichnungsklauseln, für den Einzelvertrag werden die allgemeinen Ausführungen zu deren Rechtswirksamkeit abgeschlossen. An den dar-

---

1) Soergel-Hefermehl, a.a.O., § 139 Rdn.30; s.a. BGH v. 19. April 1972, NJW 1972, S.1227 ff, 1229
2) Fikentscher, a.a.O., § 26 V 5g, S.105
3) BGH v. 11. November 1968, NJW 1969, S.230 ff m.w.N.; BGB v. 3. März 1971, NJW 1971, S.1034 ff, 1035

gelegten Grundsätzen sind nun in den folgenden Kapiteln die den AGB der Banken entnommenen Freizeichnungsklauseln zu messen.

2. - 9. Rechtliche Beurteilung der Freizeichnungsklauseln der Banken im Einzelnen

2. Haftung für Fehler im allgemeinen Geschäftsbetrieb der Banken oder der von diesen beauftragten Dritten

Das Kapitel umfaßt die Besprechung der Freizeichnungsklauseln, die allgemeine Haftungsregelungen treffen, ohne dabei auf ein spezielles Bankvertragsverhältnis bezug zu nehmen.

2.1 Nr.1 Abs.3 AGB - Schäden bei Verwendung nicht-urkundenechter Schreibstoffe

> Der Bank zugehende Schriftstücke - insbesondere Wechsel und Schecks - sollen mit urkundenechten Schreibstoffen hergestellt und unterzeichnet sein. Die Bank ist nicht verpflichtet zu prüfen, ob urkundenechte Schreibstoffe verwendet worden sind. Für Schäden, die durch Verwendung nicht urkundenechter Schreibstoffe verursacht worden sind, haftet der Einreicher des Schriftstückes. [1]

Nachdem bereits die Deutsche Bundesbank eine ähnliche Klausel in ihre AGB [2] aufgenommen hatte, folgten die AGB-Banken mit der Neufassung vom 1. Januar 1969 diesem Beispiel [3]. Die Banken begründen die Ergänzung ihrer AGB um diese Freizeichnungsklausel damit [4], daß es ihnen nicht zuzumuten sei, das von der Deutschen Bundesbank auf sie verlagerte Haftungsrisiko aufzufangen, zumal der Kunde durch zunehmenden Gebrauch nicht resistenter Schreibstoffe auf Scheck- und Wechselformularen den eigentlichen Anlaß zur Entstehung dieses Risikos gebe. Der Anerkennung dieser Begründung kann man sich nicht verschließen, ergibt sich doch aus dem Grundsatz der Billigkeit die Regel, daß derjenige für Schadensfolgen einzustehen hat, der trotz individueller Vermeidbarkeit die Ursache zur Entstehung dieses

---

1) =Nr.6 Abs.4 AGB-Sp. Die Klausel fehlt jedoch in einzelnen AGB-Sparkassen, z.B. in denen der Hamburger Sparkasse
2) Abschnitt I, Nr.20 AGB der DBB
3) Raebel, Die neuen AGB der Banken, ZKW 1969, S.62
4) Hellner, Neufassung der AGB, Bank-B 1969, S.8; Schütz, a.a.O., S.9 Z.9

Schadens gesetzt hat. Ebenso, wie es für den durchschnittlichen Bankkunden einsehbar ist, daß ein mit Bleistift geschriebener Scheck wegen der daraus resultierenden Fälschungsgefahr nicht der von ihm verlangten Sorgfaltspflicht, die für den Scheckverkehr in Nr. 3 Scheckbedingungen ausdrücklich genannt wird, entspricht, muß dies auch für andere Schreibmittel wie zum Beispiel den heute häufig verwandten "Pen-Stift" (= Filzschreiber) gelten. Es kann nämlich als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, daß derartige Stifte in der Regel mit einer Tusche gefüllt sind, die wegen ihrer Wasserlöslichkeit leicht auf Schriftstücken beseitigt werden kann [1]. Beachtet der Kunde hingegen seine Sorgfaltspflicht und benutzt er Schreibstoffe, die nach allgemeiner Überzeugung für urkundenecht angesehen werden, kann freilich diese Haftungsausschlußbestimmung auch dann nicht gegen ihn angewandt werden, wenn sich im Einzelfall der Schreibstoff als unbeständig gegenüber dem Einsatz chemischer und anderer Mittel erweist. Dies gilt besonders dann, wenn der Kunde, wie es über Jahrzehnte von den Banken empfohlen wurde [2], Tinte zur Beschriftung verwandte, und eine später vorgenommene Fälschung durch die Benutzung eines sogenannten Tintenlösers möglich wurde. Wollte die Bank sich auch dagegen schützen, müßte sie zunächst für jeden Kunden zugänglich ihre frühere Empfehlung widerrufen.

2.2 Nr.4 Abs.3 AGB - Haftung bei Schreibfehlern

> Gutschriften, die infolge eines Irrtums, eines Schreibfehlers oder aus anderen Gründen vorgenommen

---

1) s. Bekanntmachung der Deutschen Bundesbank in Bank-B 1965, S.338, in der die DBB u.a. darauf hinweist, daß mit derartigen Schriftmitteln beschriftete Wechsel für ihr Portefeuille ungeeignet sind.

2) Ebenso auch Anweisung an unterstellte Behörden durch Erlaß des Bundesministers der Finanzen v. 4. März 1955, zur Beschriftung wichtiger Belege (insbesondere Buchungs- und Kassenbelege) nur Tinte zu benutzen. Aufgehoben durch Erlaß v. 24. Januar 1958 nach Einführung der DIN-Norm 16554 zur Dokumentenechtheit von Kugelschreibern. Zur gleichen Zeit unterließen auch die Banken ihre Empfehlungen hinsichtlich der Verwendung von Tinte.

> werden, ohne daß ein entsprechender Auftrag vorliegt, darf die Bank durch einfache Buchung rückgängig machen (stornieren). Für Fehlleitungen infolge unrichtiger, unvollständiger oder voneinander abweichender Angaben der Kontobezeichnung oder der Kontonummer in Überweisungsaufträgen haftet die Bank nicht.[1)]

Satz 2 obiger Klausel wurde ebenfalls erst 1969 in die Neufassung der AGB aufgenommen. Seine Einfügung in die Bankvertragsbedingungen ist darauf zurückzuführen, daß der BGH in einer Entscheidung [2)] die Ansicht vertreten hatte, die Bank hafte für die Folgen der Falschbuchung einer Überweisungsgutschrift, wenn sie bei der Zuweisung des Betrages auf ein bei ihr geführtes Konto allein auf die möglicherweise falsche Kontonummer auf dem Gutschriftsträger, nicht jedoch auf die namentliche Kontenbezeichnung abstelle.

Die neue Klausel soll nun eine solche Haftung insbesondere für den Fall abbedingen, daß die Bank durch Angabe einer falschen Kontonummer zu einer Fehlbuchung veranlaßt wird. Sie wird damit begründet, daß diese Haftungsverlagerung auch dem Kundeninteresse entspräche, denn zur schnellen Abwicklung der massenweise vorkommenden Überweisungsaufträge müsse die Bank die Methoden der elektronischen Datenverarbeitung anwenden, die durch das Verfahren der optischen Beleglesung allein auf Kontonummern anspräche und danach verbuche. Der Kunde müsse daher eine unkorrekte Schreibweise seiner Kontonummer durch den Überweisungsabsender selbst verantworten [3)].
Dieser Ansicht kann nur eingeschränkt zugestimmt werden, denn selbst bei wirksamer Freizeichnung bleibt für die Bank ein Haftungsbereich zurück, den sie nicht auf den Kunden übertragen kann. Es ist nämlich von der Bank die Sorgfaltspflicht des ordentlichen Kaufmanns, wie sie sie selbst

---

1) =Nr.12 Abs.2 AGB-Sp
2) BGH v. 11. November 1968, WM 1968, S.1368 f = NJW 1969, S.320 f; s.a. Schütz, a.a.O., S.354, m.w.N.
3) Hellner, a.a.O., S.9 f; Raebel, a.a.O., S.62

ausdrücklich in der Präambel der AGB zusagt, in allen Geschäften, die sie für ihre Vertragspartner führt, zu verlangen. Diese Sorgfaltspflicht erfordert es auch, daß sie ein besonderes Bemühen an den Tag legt, bei ihr auflaufende Gutschriften den Konten der vorgesehenen Überweisungsempfänger gutzubringen. Da in Deutschland gemäß § 163 Abs. 1 AO ein Konto als Namenskonto und nicht etwa als Nummernkonto zu führen ist [1], ist von der Bank auch primär auf den Namen des Kontoinhabers bei der Vornahme von Kontenbewegungen abzustellen, zur Vereinfachung und Beschleunigung des technischen Verfahrens kann daneben auch die Kontonummer herangezogen werden.
Das Kreditinstitut muß demnach Maßnahmen treffen, die eine Differenz in der Identität zwischen Namensbezeichnung des Kontos und Kontonummer weitgehend verhindern. Das kann beispielsweise durch eine aufwendige Belegkontrolle, bei der Kontonummern und Kontenbezeichnungen im Einzelfall verglichen werden, ebenso geschehen wie durch technische Mittel etwa in Form von Klarschriftlesern, die jedoch heute bei den Banken noch technische Zukunft sind. Die Einfügung einer Kontrollziffer in die Kontonummer, die die Datenverarbeitungsmaschine veranlaßt, Belege mit unabsichtlich unkorrekt wiedergegebener Kontonummer zur manuellen Kontrolle auszuwerfen, kann zwar helfen, fehlerhafte Buchungen zu vermeiden, sie kann sie jedoch nicht - etwa bei betrügerischen Manipulationen - völlig ausschließen. Erst nach gewissenhafter Anwendung geeigneter Kontrollmaßnahmen ist die Interessenlage zwischen Bank und Kunden soweit ins Lot gebracht, daß die Rechtsfolge der Klausel akzeptiert werden kann [2]. Der Kunde haftet also dann, wenn es trotz Beachtung der Sorgfaltspflicht der Bank zu einer Falschbuchung kommt, denn sowohl er wie auch der Überweisungsab-

---

1) Liesecke, Das Bankguthaben ...., WM 1975, S.219
2) Ebenso Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., WM 1970, S.504; König, Ausgleichsansprüche bei Fehlüberweisungen ...., S.94 ff, bes. S.96

sender ist von der Grundpflicht ordnungsgemäßen Verhaltens nicht befreit [1].

Auch wenn ein Geldinstitut - wie es regelmäßig der Fall ist, wenn die Gutschrift aus einem anderen Gironetz aufläuft - zu dem Absender einer Überweisung nicht in direkter Vertragsbeziehung steht, kann es sich unter Umständen dennoch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig machen. Das ist dann der Fall, wenn zwischen Bank des Auftraggebers und gutschreibendem Institut ihrerseits ein Vertragsverhältnis besteht, das sich etwa durch eine dem Überweisungsverkehr dienende Nostro-/Loroverbindung darstellt [2]. Das Geldinstitut des Überweisungsabsenders hat bei dieser Konstellation die Möglichkeit, einen Schadenersatzanspruch seines Kunden gegen die Bank des Gutschriftempfängers im Drittinteresse geltend zu machen. Dazu kann es beispielsweise dann kommen, wenn eine zu Zweifeln über den Empfänger Anlaß gebende Gutschrift ohne Rückfrage bei der die Gutschrift einreichenden Bank beziehungsweise bei deren Auftraggeber fälschlich einem der infragekommenden Empfänger gutgeschrieben wird und dem Überweisungsauftraggeber dadurch ein besonderer Schaden, der aus der Überschreitung einer Zahlungsfrist oder aus der Undurchsetzbarkeit des Bereicherungsanspruches gegen den wirklichen Zahlungsempfänger resultieren könnte, entsteht [3]. Allerdings wird den Auftraggeber regelmäßig ein erhebliches Mitverschulden treffen.

Ausnahmsweise kann die Kontonummer dann als Ergänzungsmerkmal zur Kontenidentifikation herangezogen werden, wenn aus der notwendigerweise vorhandenen Namensbezeichnung des Gutschriftsempfängers noch nicht mit letzter Sicherheit auf eine bestimmte

---

1) Vgl. Canaris in RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., Anh. § 357 Rdn.1256

2) Diese Form der Weitergabe von Überweisungen ist allerdings nicht die Regel. - Bei Inanspruchnahme von Verrechnungszentralen wird man die Erfüllungsgehilfenschaft der Gutschriftsempfängerbank verneinen müssen mit der Folge, daß der Absender einer Überweisung auch mittelbar keine Ansprüche geltend machen kann; vgl. Canaris, a.a.O., Rdn.194

3) König, a.a.O., S.97; Schoele, Das Recht der Überweisung, S.206 f

Person geschlossen werden kann. Ist also der Empfänger nur mit "Müller" bezeichnet und besteht unter der angegebenen Kontonummer ein Konto für Karl Müller, so wird das gutschreibende Kreditinstitut davon ausgehen dürfen, den richtigen Adressaten der Überweisung vor sich zu haben [1]. Dieser Weg kann immer dann beschritten werden und ist mit den Sorgfaltspflichten der Bank vereinbar, wenn die Kurzbezeichnung in der Empfängerangabe einer Gutschrift sich noch in den üblichen Grenzen bewegt und keine anderen Umstände ersichtlich sind, die zu Zweifeln hinsichtlich des vorgesehenen Empfängers Anlaß geben. Würde man auch in Fällen der geschilderten Art eine Erkundigungspflicht der Kreditinstitute bejahen, so hieße das, den Überweisungsverkehr zum Nachteil der Kunden stark zu behindern und zu verteuern.
In dem dargestellten Rahmen ist die Klausel rechtswirksam.

2.3 Nr.4 Abs.4 AGB - Verspätete Bearbeitung von Terminaufträgen

> Wenn die Bank zur Vereinfachung des Zahlungsverkehrs ihres Kunden Aufträge zu wiederkehrenden oder zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführenden Zahlungen oder Leistungen übernimmt, so kann sie wegen der Möglichkeit unabsehbarer Schäden für rechtzeitige Erledigung nicht haften. [2]

Nr.4 Abs.4 AGB wie auch die weiter unten besprochenen Nr. 7 und Nr.10 AGB enthalten die Freizeichnung für schadenbegründende Vorkommnisse im eigenen Hause der Bank, sie sind daher in erster Linie als Personalfreizeichnungen zur Beseitigung der gesetzlichen Haftung aus §§ 276, 278 BGB anzusehen [3]. Die hier zu besprechende Klausel verlagert die Haftung für Schäden aus nicht rechtzeitig ausgeführten Überweisungen im Rahmen eines vereinbarten Dauerauftrages oder

---

1) So schon Schoele, a.a.O., S.205
2) =Nr.15 Abs.3 AGB-Sp
3) siehe dazu ausführlich u. 3.3, S.101 ff

eines von der Bank übernommenen, zu einem bestimmten Termin auszuführenden Zahlungsauftrages auf den Kunden. Sie entstammt der Inflationszeit und entsprach bei Berücksichtigung der Unwägbarkeit eines sich täglich ändernden Geldwertes ohne Zweifel einer gerechten Verteilung der zeitbedingten Risiken.
Ein aus der verspäteten Ausführung eines Dauerauftrags resultierender Schaden würde unter heutigen Verhältnissen voraussichtlich in anderer Form entstehen, dennoch erscheint die Bestimmung nach wie vor gerechtfertigt [1]. Die Kreditinstitute übernehmen gegen eine geringe Gebühr für den Kunden die Abwicklung seiner sämtlichen, regelmäßig wiederkehrenden Zahlungspflichten wie etwa Miete, Beiträge, Rundfunkgebühren, Kfz-Steuer, Versicherungsprämien und viele andere mehr. Zum Zwecke der Bearbeitung und Terminüberwachung wurden von den Banken Datenverarbeitungsgeräte angeschafft, die das Risiko einer versäumten oder verspäteten Ausführung der Zahlung im Vergleich zur manuellen Ausführung durch die Bank nach Terminkartei auf ein Minimum reduzieren - den Kunden also, wenn auch nicht aus seiner Überwachungspflicht [2] entlassen, so doch rein tatsächlich davon weitgehend freistellen. So gering jedoch die Wahrscheinlichkeit einer nicht-termingerechten Bearbeitung ist [3], so groß ist der Schaden im Falle ihres Auftretens: Dieser wäre voraussichtlich die Folge eines "breakdown" der gesamten EDV-Anlage; ein Schaden in nicht schätzbarer Dimension also, dessen Regulierung ein Kreditinstitut dem Zusammenbruch nahe bringen könnte. Es entspricht daher durchaus einer gerechten Interessenabwägung auf Kundenseite, dem Vorteil der besonders sicheren Terminüberwachung durch die Bank den Nachteil der kaum zur Realität werdenden Risikoübernahme entgegenzusetzen [4]. Von der Haftung für unterlassene Sorgfalt

---

1) A.A. Haupt, AGB der Banken, S.17, dem allerdings die heute vorherrschende Problematik noch unbekannt war
2) s.a.u. 5.2, S.138 ff
3) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.505
4) so auch Schütz, a.a.O., S.12 Anm.7

im Einzelfall, in dem beispielsweise ein Angestellter die erstmalige Eingabe eines neuen Dauerauftrags in die EDV pflichtwidrig unterläßt und damit dessen Ausführung völlig unterbleibt, befreit die Klausel die Bank freilich nicht. Die Freizeichnung greift auch dann nicht ein, wenn ein einen Dauerauftrag erteilender Kunde sein Geldinstitut ausdrücklich auf die Schadensfolgen unpünktlicher Ausführung hingewiesen hat. Übernimmt das Institut dennoch den Ausführungsauftrag, verpflichtet es sich auch als Folge aus § 242 BGB zur Übernahme des damit verbundenen Risikos [1].

Nr.4 Abs.4 AGB ist allein auf Zahlungsaufträge anwendbar, die in Überweisungsform in stetiger Wiederholung oder auch nur einmalig zu einem bestimmten Termin ausgeführt werden müssen, die Vorschrift gilt dagegen nicht für die verspätete oder unterlassene Einlösung von Lastschriften. Für ein Verschulden in diesem Bereich trifft die Bank die Haftung [2].

2.4 Nr.5, Nr.45 AGB; Nr.11 Scheckbedingungen - Prüfung von Urkunden

Nr.5 AGB:

(1) Hat die Bank im Auftrage des Kunden Urkunden entgegenzunehmen oder auszuliefern, so wird sie diese sorgfältig prüfen. Sie haftet nicht für Echtheit, Gültigkeit und Vollständigkeit der Urkunden, ferner nicht für richtige Auslegung und Übersetzung, auch nicht für Art, Menge und Beschaffenheit in den Urkunden erwähnter Waren.
(2) Hat die Bank auf Grund eines Akkreditivs, Kreditbriefs oder sonstigen Ersuchens Zahlungen zu leisten, so darf sie an denjenigen zahlen, den sie nach sorgfältiger Prüfung seines Ausweises als empfangsberechtigt ansieht.
(3) Werden der Bank als Ausweis der Person oder zum Nachweis einer Berechtigung ausländische Urkunden vorgelegt, so wird sie sorgfältig prüfen, ob diese zur Legitimation geeignet sind; sie haftet jedoch für die Eignung nicht. Abs.1 Satz 2 gilt entsprechend. [3]

---

1) Canaris in RGR-Komm. z. HGB, 3. Aufl., Anh. § 357 Rdn.1257
2) Engel, Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren, S.40
3) =Nr.31, 32, 33 AGB-Sp

Nr.45 AGB:

Bei der Einholung von Akzepten auf Wechseln übernimmt die Bank keine Haftung für die Rechtsgültigkeit der äußerlich ordnungsmäßigen Unterschrift des Akzeptanten, insbesondere für deren Echtheit und für die Legitimation der Zeichnenden. [1]

Nr.11 SchB:

Alle Folgen eines Zuwiderhandelns gegen die vorstehenden Bedingungen sowie alle Nachteile des Abhandenkommens, der mißbräuchlichen Verwendung, der Fälschung und Verfälschung von Schecks, Scheckvordrucken und des Vordrucks der Empfangsbescheinigung trägt der Kontoinhaber. Das bezogene Institut haftet nur für nachgewiesenes Verschulden und nur in dem Maße, als es im Verhältnis zu anderen Ursachen an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.

Die angeführten Klauseln befassen sich ausschließlich mit den Folgen von Fälschungs- oder Täuschungshandlungen, denen sich die Kreditinstitute gleichsam als "Berufsrisiko" [2] dauernd ausgesetzt sehen.

2.41 Unrichtigkeits- und Fälschungsrisiko gemäß Nr.5 Abs.1 AGB

Die Bestimmung legt dem Kunden das Haftungsrisiko auf, wenn der von ihm mit dem Einzug oder der Weitergabe von Urkunden betrauten Bank trotz Erfüllung ihrer Prüfungspflicht die Unrichtigkeit oder die Fälschung eines solchen Papiers entgangen ist. In dieser wie auch den weiteren Klauseln der Nr.5 AGB sichert der AGB-Verwender seinen Kunden ausdrücklich sorgfältige Bearbeitung zu - diese später in die AGB eingefügte Formel bekräftigt damit die in der Präambel gemachte Zusage [3], hat jedoch so gesehen nur deklaratorischen Wert.

Der Umfang der Prüfungspflicht ist abhängig von der Genauigkeit des Auftrags des Kunden und den darin enthaltenen

---

1) =Nr.48 AGB-Sp
2) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.505
3) s. Koch, AGB der Banken, S.138 und 142

Anweisungen, von der Art der Urkunde - ein im alltäglichen Routinebetrieb häufig vorkommendes oder ein außergewöhnliches Papier - von der Aufmachung, der Sprache, in der sie gefaßt ist und weiteren Umständen. Es besteht folglich sowohl in formeller als auch erstrecht in sachlicher Hinsicht eine Grenze der Sorgfaltspflicht, deren Überschreiten der Bank, gemessen an § 242 BGB, nicht zugemutet werden kann [1].

Die Freizeichnung der Bank bezieht sich weiterhin auch nicht auf die Fälle, in denen ein echter Auftrag des Kunden zur Entgegennahme oder Auslieferung von Urkunden gar nicht vorliegt, will sagen, der Auftrag selbst gefälscht ist [2]. Wird die Bank aufgrund einer solchen Weisung tätig - etwa durch Auszahlung eines Geldbetrages, Auslieferung von Wertpapieren und Scheckheften [3], Überweisungen -, kann sie den entstandenen Schaden dem Kunden nicht anlasten, denn gerade dieser hat ja nicht das Zeichen zum Handeln, wie es Nr.5 Abs.1 AGB vorschreibt, gesetzt [4]. So ist der Kunde frei von der Haftung, wenn seine Bank einen Wechsel bezahlt hat, der ein gefälschtes Kundenakzept trägt; das gleiche gilt für die Folgen eines telefonisch (auch fernschriftlich, telegrafisch) erteilten Auftrages, den die Bank fälschlich als vom Auftraggeber veranlaßt ansieht [5]. Die Bank haftet also selbst. Dieser Grundsatz wird jedoch in dem Fall durchbrochen, indem der Kunde selbst durch Vernachlässigung der auch ihm obliegenden Sorgfaltspflicht der Bank gegenüber zur Entstehung des Schadens beigetragen hat. So hat der BGH zum Beispiel die Haftung eines Kunden angenommen, der den Verlust seines Reisepasses wie auch seiner Bankkarte seinem Geldinstitut nicht angezeigt hatte und dadurch einem Unbekannten, der die Papiere zu Legiti-

---

1) Schütz, a.a.O., S.13 Anm.2 zu Nr.5
2) Schütz, a.a.O., Anm.3
3) Erstanforderung - andernfalls siehe u. 2.44, S.66 ff
4) BGH v. 3. März 1966 WM 1966, S.396 ff, 397 m.w.N.
5) Entsch. des Schweizerischen BG 77 II aus 1951, S.367 ff, 369 ff

mationszwecken mißbrauchte, die Verfügung über sein Kontoguthaben ermöglichte [1]. Großzügigkeit bei der Überwachung von Kontobewegungen [2], Nachlässigkeit im Umgang mit Bankunterlagen können ebenfalls im Einzelfall die Haftung des Kunden oder die Mithaftung gemäß § 254 BGB aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung nach sich ziehen [3].

2.411. Exkurs: Unrichtigkeitsrisiko gemäß Art.9 ER

An dieser Stelle ist ein Exkurs hin zu den "Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive" angezeigt, die in der Revision 1962 von der Internationalen Handelskammer (IHK) vorgelegt und von dem Kongreß der IHK mit Wirkung vom 1. Juli 1963 in Kraft gesetzt wurde [4]. Diese Einheitlichen Richtlinien (ER) finden Anwendung in den Banken von 178 Ländern [5], darunter auch in der Bundesrepublik Deutschland, und erlangen durch Nr.27 AGB-Banken auch im Verkehr mit den Kunden Rechtsgültigkeit.
Gemäß Artikel 9 ER "übernehmen die Banken keine Haftung oder Verantwortung für Form, Vollständigkeit, Genauigkeit, Echtheit, Verfälschung oder Rechtswirksamkeit irgendwelcher Dokumente", sie übernehmen weiterhin auch nicht die Haftung für die Einhaltung der "allgemeinen oder besonderen Bedingungen, die in den Dokumenten angegeben sind". Die Klausel geht von der Voraussetzung aus, daß es einer Überforderung der Bank gleichkäme, von dieser Kenntnisse über die Eigenarten einzelner Warengeschäfte, über Wirksamkeitsvoraussetzungen und Risikobegrenzungen bei Frachtversicherungen, über Zoll- und Handelsvorschriften diverser

---

1) BGH v. 18. Oktober 1967, WM 1967, S.1142 ff, 1143
2) s.a.u. 5.11,S.133 f
3) vgl. Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.506
4) Text ER bei Schütz, a.a.O., S.398 ff
5) Stand März 1971 - S. "Außenhandelsalphabet", herausg. v. Deutsche Bank AG

Länder oder andere Umstände zu verlangen, die benötigt werden, um letzte Klarheit über die Akkreditivmäßigkeit eingereichter Dokumente zu erhalten. Wenn also einem im Außenhandel tätigen Kreditinstitut bei Vergleich zwischen Akkreditivbedingungen und eingereichten Dokumenten ein Fehler unterläuft, der auf fehlenden spezifischen Kenntnissen der genannten Art beruht, so muß der Kunde den durch die Honorierung der Dokumente entstandenen Schaden selbst tragen, denn es lag weitgehend bei ihm, durch Abgabe präziser Anweisungen für die Dokumentenaufnahme eine Falschbeurteilung der Bank zu vermeiden [1]. Diese auf einer ausgeglichenen Pflichtenverteilung beruhende Haftungsregelung setzt natürlich voraus, daß die Bank den ihr zumutbaren Kenntnis- und Erfahrungsstand in sorgfältiger Manier bei formeller und materieller Prüfung der Dokumente ausgeschöpft hat. So kann der Kunde verlangen, daß die Bank auffällige Mängel im äußeren Erscheinungsbild der Dokumente moniert [2] oder über sich ihr offenbarende Zweifel über die Akkreditivmäßigkeit der Dokumente eine Klärung von geeigneter Seite herbeiführt [3].

Aus der Perspektive der Rechtmäßigkeit läßt sich sowohl bezüglich der Klausel Nr.5 Abs.1 AGB als auch bezüglich der Klausel Nr.9 ER feststellen, daß sie bei Beachtung der beiden Vertragsseiten obliegenden Sorgfaltspflichten den Grundsätzen der Billigkeit gerecht werden. Ein zusätzlicher Anhaltspunkt für diese Ansicht ist insbesondere die seit Jahrzehnten im internationalen Handels- und Zahlungsverkehr unangefochtene Stellung des Art.9 ER, von dem man sagen kann, daß er sich bewährt hat und auf dem besten Wege ist, internationaler Handelsbrauch zu werden [4].

---

1) Zahn, Zahlung- und Zahlungssicherung ...., S.99
2) KG v. 5. Juni 1924, JW 1924, S.2048 f, 2048; beachte auch Anm. Giesecke, ebenda
3) BGH v. 24. März 1958, WM 1958 S.587 f, 588
4) Darüber hinausgehend Baumbach-Duden, Anh.IV § 406 A, der die ER schon heute weitgehend als Handelsbrauch ansieht (m.w.N.); a.A. bezüglich der Klauseln, die die bei Akkreditiven mitwirkenden Banken begünstigen: Schlegelberger-Hefermehl, § 346 Rdn.43

2.42 Legitimationsprüfung gemäß Nr.5 Abs.2 und 3 AGB

Die Bestimmung aus Abs.2 sieht die Freizeichnung der Bank nur für den Fall vor, daß eine Auszahlung trotz sorgsamer und umsichtiger Prüfung des vorgelegten Identitätspapiers an eine nichtberechtigte Person geleistet wird. Mit Übernahme des Kundenauftrags zur Zahlung an eine im Auftrag näher beschriebene Person verpflichtet sich die Bank, eine auftragsgemäße Identitätskontrolle auf der Grundlage eines vorgelegten Ausweises vorzunehmen. Geeignete Ausweise dafür sind die gesetzlich vorgesehenen Identitätsurkunden Reisepaß gemäß § 1 Abs.1 Gesetz über Personalausweise in Verbindung mit § 6 Gesetz über Paßwesen und der Personalausweis gemäß § 1 Abs.1 Gesetz über Personalausweise [1], ferner nach einer Entscheidung des BGH [2] der Führerschein und, dem gleichen Gedanken wie der BGH folgend, wohl auch das gemäß § 11 Seemannsgesetz auszustellende Seefahrtbuch. Es genügt nicht, die Prüfung allein auf den Vergleich von Lichtbild mit der natürlichen Person und auf Unterschriftsvergleich zu beschränken, auch der vorgelegte Ausweis ist auf offensichtliche Anzeichen von Fälschungen hin zu untersuchen [3] - eine auch auf versteckte Mängel des Ausweises hinauslaufende Kontrolle kann freilich nicht verlangt werden, wie überhaupt der Grad der Untersuchungspflicht sich nach den Möglichkeiten des Einzelfalls richtet; so handelte eine italienische Bank als Erfüllungsgehilfin einer deutschen Bank nicht pflichtwidrig, als sie einen den deutschen Paßbestimmungen nicht entsprechenden deutschen Reisepaß für in Ordnung befand [4]. Diese Rechtsansicht wird - auf die Banken im Inland bezogen - durch Nr.5 Abs.3 AGB ausdrücklich für die AGB-Verwender zum Grundsatz erhoben. Sie unter-

---

1) So gemäß Schreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen vom 3. Juli 1971 an die Spitzenverbände des Kreditgewerbes, s. Hinweis bei Liesecke, Das Bankguthaben.., a.a.O., S.220
2) BGH v. 10. Dezember 1973 - auszugsweise in Bank-B 1974, S.384 f, 385
3) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.506
4) BGH v. 18. Oktober 1967, WM 1967, S.1142 ff, 1144

liegt keinen Einwendungen nach dem Grundsatz der Inhaltskontrolle. Auftauchende Zweifel über die Identität der am Schalter vorsprechenden Person mit der berechtigten Person sind - das ist Grundforderung der bankmäßigen Sorgfaltspflicht - durch Rückfrage bei dem Auftraggeber oder bei anderer geeigneter Stelle auszuschalten [1].
Die dem beauftragten Kreditinstitut obliegende Ausweiskontrollpflicht ist allein auf die Identitätskontrolle ausgerichtet, nicht von ihr erfasst wird die Überprüfung auf etwaige andere in der Person des Berechtigten liegende Rechtsmängel. So haftet die Bank nicht bei fehlender Geschäftsfähigkeit der im Auftrag bezeichneten Person - einen solchen Mangel hat der Kunde zu vertreten [2]. Auch diese Bestimmung ist unter Beleuchtung aller Aspekte für ausgewogen zu erachten.

2.43 Einholung von Akzepten gemäß Nr. 45 AGB

Die bankmäßige Einholung von Akzepten wird überwiegend bei d/a-Inkassi [3] von Kundenseite verlangt. Das Verfahren läuft so, daß der Kunde seine Hausbank beauftragt, entweder selbst oder über eine von ihm vorgeschriebene oder die Korrespondenzbank am Sitz des Geschäftspartners des Kunden das Akzept dieses Geschäftspartners auf einen dem Warenwert entsprechenden Wechsel gegen Auslieferung der Warendokumente einzuholen [4]. In dem Umstand, daß die zur Einholung des Akzepts tätig werdende Korrespondenzbank nicht unbedingt in vertraglichen Beziehungen zu dem Geschäftspartner des Auftraggebers steht, dies nicht einmal die Regel ist, ergibt sich deren Schwierigkeit, absolute Sicherheit über Echtheit des Akzepts und die Legitimation des Akzeptanten zu erhalten. Dementsprechend greift die Freizeichnung für den Fall

---

1) so schon RG v. 2. Mai 1921, Bank A 1920, S. 346 f, 346
2) Schütz, a.a.O., S. 13 Anm. 4 zu Nr. 5 Abs. II
3) Erläuterung s.o. S. X
4) Zahn, a.a.O., S. 187

durch, daß dem Kreditinstitut trotz sorgfältiger Prüfung der Legitimation des Wechselschuldners - dies bei Zweifeln auch durch Einzug von Erkundigungen von dritter Seite - wie auch der Unterschrift ein Fehler unterläuft. Die Feststellung von eventuell in der im Auftrag bezeichneten Person vorliegenden sonstigen Rechtsmängel wie etwa dessen Geschäftsunfähigkeit obliegt der Bank grundsätzlich nicht; offen zu Tage tretende Anzeichen sind jedoch der Sorgfaltspflicht entsprechend zu beachten und durch Rückfrage bei dem Auftraggeber abzuklären.
Die Klausel schafft einen gerechten Interessenausgleich .

2.44 Fälschungsrisiko im Scheckverkehr gemäß Nr.11 Scheckbedingungen

Vom Grundsatz her bestehen für die Freizeichnung der Kreditinstitute für Fälschung oder mißbräuchliche Verwendung von Schecks - die Klausel Nr.11 SchB leitet ihre Wirksamkeit im Geschäftsverkehr mit Kunden von Nr.27 AGB her - die gleichen Grenzen, wie sie in den vorhergehenden Abschnitten bereits dargelegt wurden. So ist nie ernsthaft bestritten worden, daß die Bank für ordnungsgemäße und sorgfältige Prüfung der ihr zur Zahlung vorgelegten Schecks die Verantwortung trägt [1]. Daran ändert auch nichts der in Nr.11 S.2 SchB aufgenommene Passus, daß die Bank nur für "nachgewiesenes" Verschulden haftet. Es stellt nämlich ein rechtlich wie auch tatsächlich unzumutbares Verlangen dar, von dem Kunden den Nachweis für nachlässiges Verhalten bei der Scheckprüfung zu fordern, soweit dieses gerade im internen Organisationsbereich einer Bank vorgekommen ist. § 242 BGB gibt dazu die richtige Leitlinie [2]. Die Bank hat demnach

---

1) OLG München v. 11. März 1969, Sparkasse 1969, S.193 m.w.N. und Anm. Lange, ebenda; Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.503 und 507

2) ebenso Mattern, a.a.O., S.772 mit Nachw. aus d. Rspr.; zweifelnd an der Rechtswirksamkeit der Beweislastumkehr auch Canaris, RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., Anh. § 357, Rdn.276; a.A. Barchewitz-Nielsen, Bankrecht, S.82

im Schadensfall den Beweis dafür anzutreten, daß trotz gewissenhafter Prüfung eines auf sie gezogenen Schecks eine Fehlbeurteilung über dessen Echtheit unvermeidbar war. In diesem Sinne treffen auch die konzipierten Entwürfe eines AGB-Gesetzes diesbezügliche Regelungen [1].

Um nun den Haftungssektor der Kreditinstitute von dem der Kunden auseinanderdividieren zu können, bedarf es einer Festlegung des Kerngebietes bankmäßiger Sorgfaltspflicht, wobei die genaue Abgrenzung entsprechend den Umständen des Einzelfalls fließend bleiben muß. Zu den Grundanforderungen an eine Bank gehört es zunächst, daß sie das mit der Scheckprüfung befaßte Personal nach Gesichtspunkten wie kaufmännische Vorbildung, Zuverlässigkeit und Gewissenhaftigkeit auswählt. Selbstverständlich dürfen diese Anforderungen nicht überspannt werden, jedoch kann verlangt werden, daß der zur Scheckdisposition eingesetzte Angestellte in der Lage ist, trotz der Belastung des heutigen Massenverkehrs bei seiner Kontrolltätigkeit den Überblick zu behalten und sich bei jedem einzelnen vorkommenden Scheck eine dem Gesamtbild entsprechende Vorstellung über dessen Echtheit zu machen [2]. Dabei können Durchstreichungen, Radierungen und andere Abänderungen der Scheckurkunde [3] Anlaß zu genauerer Überprüfung geben; ebenso vermögen eine außergewöhnliche Höhe der Schecksumme oder die Mißtrauen erweckende Person des Einreichers [4] Indiz für die nicht dem Willen des Auftraggebers entsprechende Vorlage des Schecks sein.

Der Unterschrift des Kunden gebührt die besondere Aufmerksamkeit des Bearbeiters. Wenn auch an ihn nicht die Anforderungen wie an einen "berufsmäßigen Schriftsachverständigen" [5] gestellt werden können - der wohl selbst in dem

---

1) s. Entwurf AGB-Gesetz des Bundesministers der Justiz, Betrieb 39/74, Beilage 18, § 8 Z.16; Held, Entwurf eines AGB-Gesetzes, BB 26/74, Beilage 9, § 20
2) BGH v. 20. Januar 1969, Sparkasse 1969, S.194 = WM 1969, S.240 ff, 241
3) RGZ 161, S.174 ff, 182
4) Barchewitz-Nielsen, a.a.O., S.82 f mit weiteren Beispielen
5) BGH v. 20. Januar 1969, a.a.O.

Fall OLG Köln vom 15. Dezember 1966 [1] eine Fälschung nicht hätte erkennen können, da nicht einmal der Kontoinhaber die Unechtheit seiner Unterschrift festzustellen vermochte - so muß er doch einen Blick für die wesentlichen Züge einer Unterschrift haben. Normalerweise genügt ein im Gedächtnis vollzogener Unterschriftenvergleich - nur bei Zweifeln ist das Unterschriftprobenblatt heranzuziehen, wie überhaupt bei auftretenden Unstimmigkeiten gezielte Nachforschungen notwendig werden, die bis zur Rückfrage bei dem Kunden reichen [2].

Für außerhalb dieser Sorgfaltsgrenzen liegende Schadensfälle haftet der Kunde, und zwar sowohl dann, wenn ihn selbst eine Sorgfaltsverletzung zur Last fällt als auch dann, wenn keiner der beiden Seiten dieser Vorwurf gemacht werden kann. Das ist beispielsweise bei geschickt vorgenommenen Fälschungen der Fall, die bei normaler Betrachtungsweise nicht auffallen [3]. Alleiniges Verschulden des Kunden oder auch Mitverschulden nach Maßgabe des § 254 BGB ist dann anzunehmen, wenn der Kunde das Abhandenkommen von Schecks oder auch der Scheckempfangsbescheinigung, der gleichzeitig die Funktion eines Nachbestellformulars zukommt, der bezogenen Bank nicht angezeigt hat, Nachlässigkeit mit den Scheckvordrucken an den Tag gelegt hat - so etwa die Aufbewahrung im Handschuhfach des PKW - oder die Veränderung des Scheckbetrages nicht durch Füllstriche erschwert hat [4]. Auch in der ungenügenden Überwachung seiner Angestellten kann eine Verletzung der kundenseitigen Sorgfaltspflicht gesehen werden [5]. Die ungenügende Überwachung der auf andere Personen delegierten Aufgaben wie die Buchhaltung kann noch weitere Folgen für den Kontoinhaber nach sich ziehen: Auch bei einer Sorgfaltspflichtverletzung der Bank im Zusammenhang mit der Ziehung eines gefälschten Schecks soll gemäß Nr.15 AGB [6]

---

1) Sparkasse 1967, S.146
2) S. zur Sorgfaltspflicht der Banken auch zusammenfassend BGH v. 11. Juli 1974, WM 1974, S.1000 f, 1000 f
3) so RGZ 100; S.31 ff, 34 f - Scheckfälschung mittels Rasur war nur bei Betrachtung des Formulars gegen das Licht erkennbar
4) RGZ 92, S.50 ff, 53
5) Meyer-Cording, Das Recht der Banküberweisung, S.107
6) s.u. 5.11, S.133 f

die Schadenshaftung auf den Kunden übergehen, wenn er der Belastung seines Kontos nicht unverzüglich widerspricht. Unterschlägt also der ungetreue Angestellte den Kontoauszug, auf dem die Belastung mit dem gefälschten Scheck angezeigt wird, kann der dadurch verhinderte Widerspruch einem Anerkenntnis gleichkommen [1].

Abgesehen von der Unwirksamkeit einer Auferlegung der Beweislast auf den Kunden zum Nachweis pflichtwidrigen Verhaltens der Bank kann der Klausel im übrigen die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Insbesondere ist das Haftungsrisiko entsprechend der tatsächlichen Einflußnahmemöglichkeiten der Parteien ausgewogen verteilt [2].

2.5 Nr. 6 AGB - Erteilung unklarer Aufträge

> Aufträge jeder Art müssen den Gegenstand des Geschäfts zweifelsfrei erkennen lassen; Abänderungen, Bestätigungen oder Wiederholungen müssen als solche gekennzeichnet sein. [3]

Die Klausel bezieht sich nur auf die zwischen Bank und Kunden schwebenden Geschäfte, nicht etwa auf die nicht selten diesen Geschäften zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen zwischen Kunden und einem Dritten [4].

Mit dieser Bestimmung soll der Schaden dem Kunden auferlegt werden, der entsteht, wenn der Kunde eine Bestätigung, Wiederholung oder Neufassung eines Auftrags seiner Bank übermittelt, ohne dessen Charakter dabei besonders zu deklarieren, zum Beispiel mit dem banküblichen Aufdruck : " Confirmation ". Die dann möglicherweise von der Bank vorgenommene Doppelausführung des Auftrags macht den Umfang des Schadens aus.

Auch für zu Zweifeln Anlaß gebende, zweideutige Aufträge

---

1) So österr. OGH ZS XXX VI, Nr. 38
2) Ebenso Canaris in RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., Anh. zu § 357 Rdn. 1258
3) =Nr. 12 AGB-Sp
4) Schütz, a.a.O., S. 14 Anm. 1 zu Nr. 6

soll der Kunde die Haftung übernehmen, sofern diese zu einer falschen Maßnahme der Bank führen. Für diesen Fall muß das Kreditinstitut sich jedoch die ihm obliegende Sorgfaltspflicht vorhalten lassen, die es ihm normalerweise auferlegt, in Zweifelsfällen zurückzufragen. Von dieser Erkundigungspflicht ist die Bank allerdings dann befreit, wenn die Art des Geschäfts oder der besonders zum Ausdruck gebrachte Willen des Auftraggebers eine schnelle Erledigung fordert, die eine Rückfrage nur unter Inkaufnahme von Verlusten zuläßt. Sich für diesen Fall freizuzeichnen ist das gute Recht der Kreditinstitute.

Obwohl der Haftungsausschluß für alle Geschäftsbereiche der Bank anwendbar ist, findet er sein besonderes Feld doch im Wertpapiergeschäft. Das betrifft sowohl die Freizeichnung für zweifelhafte Aufträge - die im Börsenjargon verwandten Abkürzungen für bestimmte Wertpapiere werden nicht selten auch von Kunden in Kauf- oder Verkaufsordern benutzt, führen auf beiden Seiten aber dabei leicht zu Mißverständnissen - als auch die Freizeichnung für die Doppelausführung von Börsenordern. So muß der Kunde den Schaden tragen, wenn er die Bestätigung oder Wiederholung eines Kaufauftrages für Wertpapiere nicht als solche bezeichnet hat und ein Verkauf der zuviel angeschafften Papiere wegen Kursrückgangs zu Verlusten führt. Das gleiche gilt für eine doppelte Verkaufsorder. Die Bank - hier zusätzlich freigezeichnet durch Nr.31 Abs.2 S.2 AGB, der das beauftragte Institut von der Pflicht entbindet, vor Ausführung eines Verkaufsauftrages den Ist-Bestand des Kundendepots zu kontrollieren - haftet nicht für die durch Leerverkauf erforderlich werdende Auffüllung des Depots. Die Rechtslage kann sich nur dann anders gestalten, wenn der Kunde nach Erteilung eines zeitlich unlimitierten Verkaufsauftrages wegen Ablaufes einer längeren Frist mit der Ausführung seines ersten Auftrages nicht mehr rechnen konnte und in Unkenntnis des dennoch getätigten Verkaufs einen als solchen nicht bezeichneten Wiederholungsauftrag gibt [1]. Dieser Fall kann jedoch nur ausnahmsweise

---

1) Dove-Meyenstein, Gutachten ...., Bd.4 S.553 Nr.2700

eintreten, da Börsenorder normalerweise bei Nichtausführung zu Ultimo eines Monats ablaufen und dann ohnehin der Erneuerung durch den Kunden bedürfen.
In dem angeführten Rahmen ist die Klausel nicht zu beanstanden.

2.6 Nr.7 AGB - Fehlerhafte Ausführung von Aufträgen

> Wenn aus Verzögerungen oder Fehlleitungen bei der Ausführung von Aufträgen oder von Mitteilungen hierüber ein Schaden entsteht, so haftet die Bank lediglich für den Zinsausfall, es sei denn, daß sie im Einzelfall die drohende Gefahr eines darüber hinausgehenden Schadens aus dem Auftrag ersehen mußte. Für einen nur mit einer Wertänderung des Zahlungsmittels begründeten Schaden haftet sie nicht. [1]

Die Bestimmung fällt in die Sparte solcher AGB-Klauseln, die textlich nicht optimal gefaßt sind und daher unterschiedlich verstanden werden können. Eine Interpretation nach den Regeln der von der Rechtsprechung geprägten objektiven Auslegungstheorie gemäß § 157 BGB [2] erscheint daher angebracht. Danach kann der Klausel nicht etwa der Sinn angemessen werden, daß die Bank etwa für alle aus schuldhafter Verzögerung und Fehlleitung von Aufträgen entstehenden Schäden, abgesehen von Zinsausfällen, nicht zu haften habe, vielmehr ist die Bestimmung bei objektiver, interessenausgewogener Betrachtung nur so zu verstehen, daß die Haftung nur für den über den Nominalbetrag des Auftrags zuzüglich Zinsen hinausgehenden Betrag, deren Gesamtheit den Verzugsschaden ausmachen würde, abbedungen ist [3]. Danach kann der Kunde gegenüber seiner Bank einen Schaden in Höhe der Schecksumme zuzüglich Zinsausfall geltend machen, wenn infolge einer von der Bank zu vertretenden Fehlleitung eines zum

---

1) =Nr.14 AGB-Sp
2) s.o. 1.211., S.39 ff
3) vgl. Canaris in RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., Anh. § 357, Rdn.1263; im Ergebnis auch BGHZ 13, S.127 ff, 132 f m.w.N.

Einzug gegebenen Schecks dieser verloren geht respektive bei verspäteter Vorlegung bei dem bezogenen Institut eine Bezahlung wegen inzwischen eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Ausstellers unterbleibt [1]. Das gleiche gilt im Lastschrifteinzugsverfahren, wenn die Honorierung einer verspätet vorgelegten Lastschrift an der Zahlungseinstellung des Schuldners scheitert [2].

Wenn im "Einzelfall" dem Kreditinstitut die Gefahr eines über Zinsen und Nominalbetrag hinausgehenden, umfassenden Verzugsschadens bekannt war, so haftet es, abgesehen im Fall von Wechselkursänderungen gemäß S.2, auch für den Folgeschaden. Davon kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn das Institut ausdrücklich auf die Konsequenz eines Fehlverhaltens hingewiesen wurde [3]. Dagegen wird ein auf einem Überweisungsantrag angebrachter Zusatz "eilt" im Normalfall nicht ausreichen, um diese besondere Rechtsfolge zu bewirken [4].

Auch für die Folgen verzögerter oder fehlgeleiteter "Mitteilungen", das sind Ausführungsbestätigungen oder Zwischenbescheide in unmittelbarem Zusammenhang mit einem erteilten Auftrag, haftet die Bank im geschilderten Umfang [5]. Unabhängig davon schuldet die Bank gemäß §§ 663 BGB beziehungsweise 362 HGB dem Kunden auch dann unverzüglichen Bescheid, wenn sie etwa einen von ihm ihr zugehenden Auftrag gar nicht gewillt ist anzunehmen [6]; das gilt auch dann, wenn der Auftrag den AGB widerspricht, denn Vertragsvereinbarungen außerhalb der AGB werden von diesen nicht ausgeschlossen [7]. Allerdings muß der erteilte Auftrag dem allgemeinen, üblichen Tätigkeitsbereich der Banken entstammen. Bei Versäumnis der Ablehnungsmitteilung haftet die Bank für Ersatz des negativen Vertragsinteresses [8].

---

1) BGHZ 13, S.127 ff, 132
2) Schönle, a.a.O., § 32 IV, S.338
3) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.508
4) Schütz, a.a.O., S.14 Anm.3 zu Nr.7
5) Schütz, a.a.O., S.14 Anm.1 zu Nr.7
6) Soergel-Mühl, § 663 Rdn.2
7) S.o. 1.122., S.13 f
8) RGZ 104, S.265 ff, 267 f

Bei Zahlungsaufträgen in ausländischer Valuta hat gemäß Satz 2 der Klausel der Kunde den Schaden zu tragen, der durch verzögerte Ausführung des Auftrages infolge einer inzwischen vorgenommenen Wechselkursänderung oder Währungsreform entsteht. Allerdings kann der Bank eine Berufung auf die sonst wirksame Freizeichnung gemäß § 242 BGB dann verwehrt sein, wenn die Paritätsänderung oder die Währungsumstellung in Bankkreisen allgemein erwartet wurde und das beauftragte Institut dennoch (oder gerade deshalb) die Ausführung in die Länge zog.
Nach sinnentsprechender Korrektur der im Text gewählten Ausdrucksweise erscheint die Klausel grundsätzlich aber rechtswirksam.

2.7 Nr.8 Abs.1 AGB - Fehlerhafte Übermittlung von Aufträgen im Eilverkehr

> Den Schaden, der aus Übermittlungsfehlern, Mißverständnissen und Irrtümern im telefonischen, telegrafischen, drahtlosen oder fernschriftlichen Verkehr mit dem Kunden, mit Dritten oder zwischen verschiedenen Zweigstellen der Bank entsteht, trägt der Kunde, sofern der Schaden nicht von der Bank verschuldet ist. Dies gilt auch bei irrtümlich mehrfacher Ausfertigung von Telegrammen. [1)]

Mit der Bestimmung beabsichtigen die Kreditinstitute, den Schaden, der Ihnen, einem Dritten oder dem Kunden selbst aufgrund unterschiedlichen Verständnisses einer im technischen Eilverkehr übermittelten Willenserklärung entsteht, weitgehend dem Kunden aufzuerlegen. Dabei ist nicht an eine Änderung des Anfechtungsrechts gemäß §§ 119, 120, 121 BGB für das besondere Bankrechtsverhältnis gedacht - die Vorschriften behalten ihre grundsätzliche Bedeutung; allein die Rechtsfolgen aus der Anfechtung einer Willenserklärung werden im angesprochenen Bereich abweichend von § 122 BGB gestaltet [2)]. Die Anfechtung kann wegen Irrtums, dessen

---

1) =Nr.13 Abs.1 AGB-Sp
2) Altjohann, Bankvertrag ...., S.102

Begriffsdefinition der des § 119 BGB entspricht [1], Mißverständnisses - das ist eine den Begriff des Irrtums auf Erklärungs- und Empfangsirrtum erweiternde Vokabel [2] - und wegen eines Übermittlungsfehlers erklärt werden, wobei mit dem zuletzt angesprochenen Anfechtungsgrund eine irrtümliche Willenserklärung auf Grund von Verstümmelungen des geschriebenen und gesprochenen Wortes wegen technischer Mängel an Fernübermittlungsgeräten oder menschlichen Versehens bei deren Bedienung gemeint ist.
Nicht kann Koch [3] gefolgt werden, der den Begriff des Übermittlungsfehlers dahingehend erweitern wollte, daß auch die Fälle des verspäteten und eventuell auch die des nicht erfolgten Zugangs einer Willenserklärung darunter zu verstehen seien. So soll beispielsweise der Kunde die Folgen dafür tragen, daß die Bank eine für ihn bestimmte Nachricht telefonisch an eine zur Empfangnahme von Nachrichten nicht geeignete Person weiter gibt und damit ein Zugang der Erklärung gemäß § 130 BGB ausgeschlossen ist. Eine solche erweiterte Interpretation wird von dem Begriff " Übermittlungsfehler ", wie er von durchschnittlichen, verständigen Menschen aufgefaßt wird, nicht mehr gedeckt und muß daher abgelehnt werden [4].
Während nun gemäß § 122 BGB der jeweilig bei Abgabe seiner Willenserklärung irrende und somit anfechtungsberechtigte Vertragsteil dem Erklärungsgegner respektive einem Dritten deren Vertrauensschaden nach erfolgter Anfechtung zu ersetzen hat, sieht die Klausel eine andere Rechtsfolge vor : Tritt ein von der Bestimmung genannter Tatbestand im Geschäftsverkehr zwischen der Bank und einem Kunden ein, so soll - abgesehen von nachgewiesenem Verschulden der Bank [5] - grundsätzlich der Kunde für den entstandenen Schaden haften. Darauf, ob er oder die Bank angefochten hat, soll es hierbei nicht ankommen. Diese scheinbare Unausgewogenheit der Schadenbeseitigungspflicht zwischen den Vertragspartnern

---

1) So z.B. Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 119 Anm. 3
2) Schütz, a.a.O., S. 15 Anm. 2 zu Nr. 8
3) Koch, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, S.221
4) Im Ergebnis ebenso, jedoch mit m.E. unzutreffender Begründung : Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ..., S. 508
5) Schütz, a.a.O., S. 15 Anm. 2 zu Nr. 8

Bank und Kunden wird jedoch allgemein für zulässig erachtet [1]. Auch hier ist dieser Ansicht zuzustimmen. Die Benutzung von technischen Eilmitteln im Geschäftsverkehr zwischen Geldinstituten und ihren Kunden liegt nämlich überwiegend im Interesse der letztgenannten. Die Möglichkeiten, Kursschwankungen durch fernschriftlich abgewickelte Arbitragegeschäfte zum Vorteil auszunutzen, Zinsgewinne durch telegrafische Eilüberweisungen zu realisieren, Schäden aus Betriebsinsolvenzen durch fernschriftliche Rücknahme von d/a-Inkasso-Aufträgen zu vermeiden und viele andere werden den Kunden von den Banken als zusätzliche Dienstleistung angeboten, ohne daß darin für letztere ein gegenüber dem normalen Nachrichtenübermittlungsverkehr wesentlich größerer Nutzen läge. Demzufolge müssen entsprechend dem Gebot ausgewogener Interessenberücksichtigung den überwiegenden Vorteilen des Kunden auch die überwiegende Last der Nachteile in Form des erhöhten Risikos beigeordnet werden. Dieser Regel entspricht die Haftungsverteilung der Klausel.

Der Kunde soll jedoch auch den Schaden dann tragen, wenn die irrtümlich abgegebene, zur Anfechtung führende Willenserklärung, sei es von der Bank, sei es vom Kunden, allein auf einem Verschulden der Bank basierte; der Kunde jedoch dieses Verschulden nicht nachweisen kann, weil es regelmäßig im internen Organisationsbereich der Bank seine Ursache hat [2]. Zu dieser Beweislastregelung muß gelten, was bereits oben [3] ausgeführt wurde: Die Bank steht dem Kunden für Dienstleistungen gegen Entgelt zur Verfügung. Gesetz und Präambel ihrer AGB verpflichten sie dabei, diese Dienstleistungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu erbringen. Zu dieser Sorgfaltspflicht gehört es nicht nur, die Fernübermittlung von Nachrichten gewissenhaft zu veranlassen, sondern auch im Schadensfall der besprochenen Art

---

1) Haupt, AGB der Banken, S.98 f; Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.508; Schütz, a.a.O., S.15 Anm.2 zu Nr.8
2) Haupt, a.a.O., S.94
3) s.o. 2.44, S.66 f m.N.

seine Interna derartig transparent zu machen, daß die sorgfältige Handlungsweise im Einzelfall sichtbar wird; will sagen, die Bank hat zu beweisen, daß der kaufmännischen Sorgfaltspflicht entsprochen wurde. Daneben kann für die besprochene Klausel die Beweisbelastung des Kunden neben der für sich allein zulässigen, weitgehenden Haftungsverlagerung auch deshalb nicht akzeptiert werden, weil diese Verbindung faktisch zur beinahe absoluten Freizeichnung der Bank führt und somit auch aus dieser Sicht mit den Grundsätzen aus § 242 BGB nicht mehr vereinbar ist.

Die Klausel ist zulässig, sofern der Bank die Beweisführung für sorgfältige Eilnachrichtenweitergabe in Kundenangelegenheiten auferlegt ist.

Nr.25 AGB - Behinderung des Geschäftsbetriebes durch Verfügung von "hoher Hand" oder aus wichtigem Grund

> Die Bank haftet nicht für Schäden, die durch Störung ihres Betriebes oder durch Verfügungen von hoher Hand des In- oder Auslandes veranlaßt sind. Das gleiche gilt, wenn die Bank aus wichtigen Gründen ihren Geschäftsbetrieb an bestimmten Geschäftstagen oder für bestimmte Zeit ganz oder teilweise schließt oder einschränkt. [1]

Die Bestimmung begründet die Freizeichnung von Kundenansprüchen, die der Bank wegen fehlerhafter oder unterlassener Auftragsbearbeitung aufgrund einer Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes aus externen oder internen Ursachen drohen. Derartige Ursachen werden durch die in der Klausel aufgeführten Ereignisse beschrieben: Unter "Störung des Betriebes" fallen Krieg, Aufruhr, Naturkatastrophen, Versorgungssperren und ähnliche Ereignisse als Begriffsmerkmale der "höheren Gewalt", die auch ausdrücklich in Nr.23 Abs.1 AGB-Sp und in Artikel 11 ER angeführt ist, obwohl für deren

---

1) = Nr.23 AGB-Sp

Folgen bereits kraft Gesetzes eine Haftung nicht besteht; im engeren Sinne fallen unter diesen Begriff die Mittel des Arbeitskampfes Streik und Aussperrung, die entweder von dritter Seite in den Bankbetrieb hineingetragen werden oder direkt aus dem Betrieb heraus sich entwickeln [1]. Mit Verfügungen "hoher Hand" sind die Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gemeint, die die Schließung eines Kreditinstituts oder eine Beschränkung seines Tätigkeitsbereiches zur Folge haben. Der staatliche Eingriff muß sich nicht gegen das AGB-verwendende Institut selbst richten, es genügt, wenn dessen Geschäftsverkehr durch die Untätigkeit anderer Geldinstitute behindert wird. Als Beispiel für derartige Eingriffe können genannt werden : Geschäftsverbot durch die Aufsichtsbehörde, Einschränkung des Status einer Universalbank wie auch die landesweite Schließung aller Kreditinstitute wegen wirtschaftspolitischer Maßnahmen (Moratorium). Endlich sind unter der Bezeichnung " Schließung aus wichtigem Grund " die Bankfeiertage - in Deutschland der 24. Dezember - erfaßt ebenso wie auch bestimmte Tagesstunden, die in Tarifverträgen oder durch Beschluß der örtlichen Bankenvereinigungen bestimmt werden können. Selbstverständlich gehört es zu den von der Bank zu beachtenden Sorgfaltspflichten, die Änderung von Schalteröffnungszeiten rechtzeitig durch Aushang, Zeitungsanzeige oder andere Mitteilungen den Kunden zur Kenntnis zu bringen [2].

Die Klausel ist wegen des Haftungsausschlusses für Kriegsfolgen und staatliche Eingriffe bisweilen Angriffsobjekt von Kunden in Rechtsstreitigkeiten mit den Banken gewesen, die Gerichte haben jedoch ihre Rechtmäßigkeit grundsätzlich bestätigt. So hat der Oberste Gerichtshof der britischen Zone [3] die Haftung einer Filialbank in dem Fall verneint, in dem diese im Auftrag des Kunden Reichssteuer-

---

1) Abgrenzung "höhere Gewalt" - sonstige Betriebsstörung s. RGZ 104, S. 150 ff, 151 f
2) Koch, a.a.O., S. 233
3) OGH Köln v. 16. März 1950, BB 1950, S. 279 f

gutscheine auf Steuergutscheinkonto für ihn buchte, die effektiven Stücke jedoch mit seinem Wissen im zentralen Steuergutscheindepot der Reichsbank in Berlin verwahrte. Der Auftrag des Kunden zur Überweisung der Stücke an ein westdeutsches Finanzamt fand sodann keine Erledigung mehr, da der Kurier der Bank durch die Kriegseinwirkungen im April/Mai 1945 Berlin nicht mehr erreichte. In anderen Entscheidungen wird ebenfalls die Wirksamkeit von Nr.25 AGB anerkannt, gleichzeitig aber auch eine schärfere Abgrenzung zum Haftungsbereich der Banken gezogen: Danach ist die Haftungsfreizeichnung der Bank für Kundenschäden nicht in der Weise umkehrbar, daß die Bank ihrerseits sie aufgrund äußerer Einwirkungen treffende Schäden auf den Kunden überwälzen kann [1]; auch wirkt der Eingang einer Gutschrift bei einer anderen Filiale der Bank verpflichtend für die kontoführende Filiale, die sich nicht deshalb, weil sie zu ihrer Schwesterfiliale wegen Kriegseinwirkungen keinen Kontakt hat, freizeichnen kann [2]; schließlich haftet ein Geldinstitut, wenn es sich als Kommissionär zum Selbsteintritt [3] verpflichtet hat, für den Erlös aus dem Verkauf von Wertpapieren auch für den Fall, daß es die Papiere zwar der Börse zuleitet, diese jedoch wegen kriegsbedingter Schließung dort nicht mehr veräußert werden können oder zwar veräußert werden, die Überweisung des Gegenwertes aber steckenbleibt [4]. Die Haftung einer Bank erstreckt sich entgegen Nr.25 AGB auch auf einen Überweisungsbetrag für einen Kunden, der ihr selbst auf einem Konto bei einer Korrespondenzbank gutgebracht wurde, über den sie jedoch wegen einer staatlich angeordneten Sperre nicht verfügen kann. Das "Deckungsprinzip" verlangt auch hier die Auskehrung des Überweisungsbetrages an den Kunden [5].

---

1) OGHZ 2, S.81 ff, 91
2) OGHZ 2, S.143 ff, 154 - Prinzip der Filialdeckung, vgl. Meyer-Cording, a.a.O., S.66; s.a.u. 2.9, S.82 f
3) s. Nr.29 Abs.1 AGB
4) OLG Hessen, Senat Kassel v. 20. Oktober 1948, NJW 1949, S.587 ff, 588
5) Meyer-Cording, a.a.O., S.78 f

Bezüglich anderer in Nr.25 AGB erwähnter Ereignisse sind, soweit ersichtlich, Entscheidungen bisher nicht ergangen. Es kann jedoch als sicher gelten, daß die Freizeichnung grundsätzlich auch in derartigen Fällen wirksam ist. Während nämlich regelmäßig alle am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Kreise allgemein und umfassend von den erwähnten Ereignissen betroffen werden, wären bei Fehlen einer derartigen Klausel allein die Kreditinstitute die überwiegend Leidtragenden der entstandenen Situation - die Bestimmung bringt daher die Risikoverteilung erst in das rechte Lot.

2.9 Nr.9, Nr.36 Abs.1 AGB - Haftung für Fehler im Geschäftsbereich Dritter, derer sich die Bank zur Ausführung besonderer Aufgaben bedient

Nr.9

(1) Die Bank darf sich zur Ausführung aller Geschäfte, wenn sie es nach ihrem besten Ermessen für zweckmäßig hält, Dritter (Personen, Firmen, Anstalten oder Behörden) bedienen. Folgt sie bei der Auswahl des Dritten einer Weisung des Kunden, so trifft sie keine Haftung; andernfalls haftet sie nur für sorgfältige Auswahl. Die Bank ist jedoch verpflichtet, ihrem Kunden auf Verlangen die etwa bestehenden Ansprüche gegen den Dritten abzutreten.
(2) Bei der Ausführung von Einzugsaufträgen im Ausland wird die Bank gleichfalls nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Zeit und Erkundigungsmöglichkeiten die Einzugsstelle sorgfältig auswählen; sie muß jedoch jede Haftung für Zahlungseinstellungen usw. der ausländischen Einzugsstelle und deren Beauftragten ablehnen. [1]

Nr.36

Die Bank haftet den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend für sichere und getreue Aufbewahrung der ihr anvertrauten Wertpapiere. Die Bank darf Wertpapiere unter ihrem Namen an auswärtigen Plätzen und bei Dritten aufbewahren. Folgt sie bei der Auswahl des Dritten einer Weisung des Kunden, so trifft sie keine Haftung; andernfalls haftet sie nur für sorgfältige Auswahl. [2]

---

1) =Nr.17 AGB-Sp
2) =Nr.40, Nr.40 a AGB-Sp

In der Bundesrepublik Deutschland besteht gemäß § 1 KWG ein Universalbanksystem, der Tätigkeitsbereich eines Kreditinstituts umfaßt also weit mehr Geschäftssparten als das ursprüngliche Einlagen- und Kreditgeschäft, wie es etwa in den USA bei den savings banks betrieben wird. Während es nun beim Einlagen- und Kreditgeschäft den Geldinstituten möglich ist, Kundenaufträge allein mit eigenem Personal und eigenen technischen Mitteln abzuwickeln, gilt dies für die überwiegende Zahl der anderen Geschäftszweige nicht: Zur Ausführung von Börsengeschäften bedarf es meistens eines Börsenbankiers, Wertpapiere werden bei Depotbanken gelagert, Überweisungen, Schecks, Wechsel und Lastschriften müssen häufig über bankfremde Verrechnungsstellen geleitet werden, an jedem Auslandsgeschäft sind zwangsläufig fremde Institute beteiligt, schließlich macht das Monopolunternehmen Post die Durchführung vieler Aufträge erst möglich. Das Risiko, das in einem eventuellen Fehlverhalten des zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benutzten Personenkreises liegt, will die Bank für sich in Nr.9 Abs.1 AGB und Nr.36 Abs.1 AGB auf das Auswahlverschulden, in Nr.9 Abs.2 AGB noch enger beschränken.

2.91 Abgrenzung der Haftungsbeschränkung in Nr.9 Abs.1 AGB

Soweit der Kunde selbst sein Geldinstitut beauftragt, sich zur Ausführung seines Auftrages einer von ihm bestimmten Person zu bedienen, ist die Klausel unproblematisch und bestätigt in Nr.9 Abs.1 S.2 erster Halbsatz AGB nur eine ohnehin bestehende Rechtslage: der Kunde ist für diese in offener oder verdeckter Stellvertretung vorgenommenen Beauftragung des Dritten grundsätzlich selbst verantwortlich. Bei verdeckter Stellvertretung obliegt der Bank gemäß Nr.9 Abs.1 S.3 AGB allein die Abtretung eines entstandenen Haftungsanspruchs an den Kunden. Allein dann, wenn es für das beauftragte Institut aufgrund seiner speziellen Erfahrung augen-

fällig ist, daß der vom Kunden vorgeschlagene Dritte nicht fähig oder in der Lage ist, den Auftrag erfolgreich durchzuführen, ist es aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verpflichtet, den Kunden dahingehend aufzuklären. Unterläßt die Bank diese Warnung, muß sie haften [1], wobei den Kunden jedoch regelmäßig eine Mithaftung treffen wird, deren Umfang sich aus § 254 BGB bemißt.

Abgesehen von diesem Fall stimmt der Kunde jedoch mit Anerkennung der AGB dem in Nr.9 Abs.1 S.1 AGB niedergelegten Grundsatz zu, daß die Bank sich zur Ausführung seiner Aufträge eines selbstgewählten Dritten als Erfüllungsgehilfen bedienen kann, der nur mit ihr, nicht jedoch mit dem Kunden im Vertragsverhältnis steht [2], Damit eröffnet er ihr gleichzeitig die durch § 664 BGB in Verbindung mit §§ 278, 276 Abs.2 BGB statthafte Freizeichnung, derzufolge die Bank selbst bei Vorsatz des von ihr gewählten Erfüllungsgehilfen nicht zu haften braucht [3]. Insoweit ist die Klausel also grundsätzlich zulässig; es bedarf jedoch der Klärung, welche Voraussetzungen auf seiten der Bank im Einzelfall vorliegen müssen, um ihre Haftung im Schadensfall dem Kunden wirksam verweigern zu können. Wie die Klausel in Satz 2, zweiter Halbsatz aussagt, obliegt der Bank die Pflicht sorgfältiger Auswahl ihres Erfüllungsgehilfen. Sie wird also zu prüfen haben, ob der von ihr herangezogene Dritte allgemein die notwendige Zuverlässigkeit besitzt, ob die Ausführung des Auftrages durch ihn schneller und sicherer im Vergleich zu Mitbewerbern bewerkstelligt werden kann und - sofern der Auftrag finanzielle Transaktionen vorsieht - ob das beauftragte Institut entsprechende Solvenz aufweist [4]. Neben dieser Auswahlhaftung besteht natürlich die Haftung aus kaufmännischer Sorgfaltspflicht fort, die sich dann etwa offenbart,

---

1) Canaris in RGR-Komm. zum HGB, 3. Auflage, Anh. § 357 Rdn.1270
2) So BGH v. 1. Dezember 1960 WM 1961, S.78 ff, 80 - Erfüllungsgehilfe im Überweisungsverkehr; RGZ 105, S.48 ff, 50 f - Erfüllungsgehilfe beim Dokumenten-Akkreditiv
3) Das zur Diskussion stehende neue AGB-Recht will das unterbinden. Vergleiche dazu unten 2.94, S.89 f
4) Schütz, a.a.O., S.16 Anm.3 zu Nr.9

wenn das ursprünglich beauftragte Kreditinstitut den Auftrag nicht richtig weitergibt, sei es nun sinnwidrig oder sei es auf falschem, die Ausführung verzögernden oder gar verhindernden Wege [1]. Pflichtwidriges Handeln kann ferner darin gesehen werden, daß die auf ihre AGB verweisende Bank die Ausführung des von ihr erteilten Auftrags nicht im Auge behalten hat. Erhält sie beispielsweise auf eine von ihr an einen Börsenbankier weitergegebene Verkaufsorder in angemessener Frist keine Ausführungsanzeige, so muß sie nachfragen, um den aus der unterlassenen Auftragsausführung eventuell bereits entstandenen Schaden nicht weiter zu vergrößern [2]. Selbst für das von der Freizeichnung grundsätzlich erfaßte vorsätzlich schuldhafte Handeln des Dritten kann der Bank die Haftung auferlegt werden, wenn sie ihrer Überwachungspflicht nicht nachgekommen ist [3].

Hat das Kreditinstitut die dargestellten Anforderungen gegenüber dem Substituten erfüllt, kann es die Haftung aus der Delegation von sich weisen. Allerdings gilt das nicht, wenn das erstbeauftragte Institut zu dem Zweitbeauftragten in einem gegenseitigen Filialverhältnis steht. Trotz wirtschaftlicher Trennung der Filialen einer Großbank beispielsweise, die sich im Regelfall durch selbständige Buchführung, (unveröffentlichte) Bilanzierung sowie gegenseitige Verrechnungskonten auszeichnet, sind diese Niederlassungen nämlich rechtlich unselbständige Teile der Bank, die unter ihrem Firmennamen Gesamtrechtsträger aller Rechte und Pflichten ist [4]. Ebenso wie also andere Niederlassungen seiner Bank zu dem Kunden nicht die Stellung eines "Dritten" im Sinne der Klausel einnehmen können, unterliegen aus gleichen Gründen erstrecht nicht Angestellte seiner Bank diesem Begriff. Nr.9 AGB begründet keine Personalfreizeichnung [5].

---

1) BGH v. 6. Dezember 1956, WM 1957, S.96 ff, 97 f; s. aber a.o. 2.6, S.71 ff
2) s.a. RGZ 78, S.310 ff, 314 m. anderer Fallgestaltung
3) RG v. 2. Oktober 1936, Bank A 1936, S.369 f, 370
4) BGH v. 30. November 1951, NJW 1952, S.499 f, 499; s.a. OLG Hessen, Senat Kassel v. 20. Oktober 1948, NJW 1949, S.587 ff, 589
5) Ebenso Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.510

Der Gedanke der einheitlichen Rechtspersönlichkeit aller Filialen einer Großbank umfaßt auch das bereits angesprochene [1] Prinzip der Filialdeckung bei Überweisungen, dem in diesem Zusammenhang die Variante beizufügen ist, daß eine Filiale eines Kreditinstituts, die im Auftrage eines Kunden einer anderen Filiale des gleichen Instituts über das öffentliche Gironetz der Deutschen Bundesbank eine Überweisung übermittelt, sich nicht für Fehler der Bundesbank bei der Ausführung durch Nr.9 Abs.1 AGB freizeichnen kann, da rechtlich gesehen der Überweisungsbetrag mit Abbuchung vom Konto des Auftraggebers dem bei der gleichen Rechtspersönlichkeit geführten Konto des Empfängers bereits anfiel. Die technische Ausführung der Überweisung, ob im eigenen Netz oder aber das der Bundesbank, muß bei dieser Betrachtungsweise unberücksichtigt bleiben und kann daher nicht die Anwendbarkeit von Nr.9 Abs.1 AGB nach sich ziehen [2]. Für den von einer Schwesterfiliale verursachten Schaden eines Kunden könnte sich ein Kreditinstitut schließlich nach dieser Bestimmung auch aus dem Grunde nicht freizeichnen, weil es an anderer Stelle seiner AGB gerade die einheitliche Rechtspersönlichkeit seiner Niederlassungen dem Kunden gegenüber besonders betont geltend macht: Nach Nr.19 AGB haften nämlich die sich im Besitz einer Stelle des Instituts befindenden Wertgegenstände des Kunden als Pfand für alle Ansprüche der Bank gegen ihn, wobei es gleichgültig ist, bei welcher Niederlassung der Anspruch entstanden ist [3].
Ähnlich der hier anliegenden Bestimmung ist auch in Nr.12 Abs.2 ER die Haftung der Auftraggeberbank auf die sorgfältige Auswahl der ausführenden Bank beschränkt. Wenn auch dabei nicht besonders erwähnt, so gilt hier wie da, daß die Bank, zeichnet sie sich schon selbst von der Haftung frei, etwa bestehende Haftungsansprüche gegen die Zweitbank ihrem Kunden abtreten muß.

---

1) s.o. 2.8, S.78
2) BGH v. 30. November 1951, NJW 1952, S.499 f, 500
3) Schütz, a.a.O., S.21 Anm.5 Nr.9

2.92 Abtretung der Haftungsansprüche

Durch die in Nr.9 Abs.1 S.3 AGB festgeschriebene Verpflichtung des AGB-verwendenden Kreditinstituts, einen eventuell bestehenden Haftungsanspruch gegen den Substituten an den Kunden abzutreten, wird die Rechtsfolge aus §§ 675, 667 BGB für die von der Klausel erfaßten Fälle konkretisiert [1]. Die Abtretungsverpflichtung kann jedoch nicht soweit gehen, daß dadurch ein offensichtlicher Rechtsmißbrauch des Kunden, sei er gegen die eigene Bank oder deren Erfüllungsgehilfen gerichtet, ermöglicht wird [2]. Da ein derartiger Mißbrauch einer erlangten Abtretungserklärung unter Umständen auch das Vertrauensverhältnis zwischen zwei miteinander in laufender Korrespondenz stehender Banken erschüttern kann [3], kann es für die mit dem anspruchserhebenden Kunden im Vertragsverhältnis stehende Bank im Einzelfall durchaus angeraten sein, über den Schadenersatzanspruch des Kunden zunächst mit der Korrespondenzbank zu verhandeln, ehe der Anspruch dem Kunden in die Hand gegeben wird.
Wenn es nach der Klausel auch grundsätzlich bei dem Kunden liegt, den ihm entstandenen Schaden nach Abtretung selbst geltend zu machen, so kann es im Einzelfall für das Kreditinstitut auch zu den Vertragspflichten gehören, den Schaden selbst als Drittschaden geltend zu machen [4]. Die dem Bankvertrag innewohnende Sorgfaltspflicht der Bank kann es beispielsweise geboten erscheinen lassen, für den Kunden dessen Schaden bei dem Dritten geltend zu machen, wenn der Kunde aus persönlichen oder in der Sache liegenden Gründen bei eigenständiger Anspruchserhebung schlechter gestellt wäre. Die Bekräftigung der eigenen Seriosität kann ebenfalls Motiv eines Kreditinstituts für die Ansprucherhebung im Namen des Kunden sein, wenn etwa der Erfüllungsgehilfe die obliegende

---

1) RGZ 114, S.268 ff, 270; Schönle, a.a.O., S.109 § 8 VIII 2 b 6
2) Ebenso Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.509; Schinnerer, Bankverträge, Bd.I S.41
3) Schinnerer, a.a.O.
4) BGHZ 15, S.224 ff, 228 f m.w.N.

Verschwiegenheitspflicht über solche Tatsachen, die der Kunde als vertraulich betrachtet haben möchte, verletzte [1]. Auch mag die Drittschadensliquidation dann angebracht sein, wenn in dem anstehenden Rechtsstreit aufgrund der besonderen Materie die Gefahr der Offenlegung von Bankinterna oder solcher anderer Kunden zu befürchten ist, die wegen des bestehenden Bankgeheimnisses dem vertretenen Kunden nicht offenbart werden können.

Für Schecks und Lastschriften, die einer Bank von ihrem Kunden zum Zwecke des Einzugs übergeben werden, soll die Haftung des Dritten aus Nr. 9 Abs. 1 AGB durch Nr. VI Scheckrückgabeabkommen [2] und Nr. IV Abs. 3 des "Abkommens über den Lastschriftverkehr" [3] in der Weise weiter eingeschränkt werden, daß die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches des Kunden gegen die zweitbeauftragte Bank durch Ausschluß der Abtretung verhindert wird. Zwar gilt das Scheckrückgabeabkommen wie auch das Abkommen über den Lastschriftverkehr nicht im Verhältnis zu Kunden, denn dies sind keine der in Nr. 27 AGB aufgeführten Sonderbedingungen; es handelt sich vielmehr um eine vertragliche Spezialvereinbarung zwischen den am Scheck- oder am Lastschrifteinzug beteiligten Kreditinstituten, in denen deren Rechte und Pflichten gegeneinander festgelegt sind. Jedoch untersagen die oben bezeichneten Klauseln dieser Abkommen der Scheck- respektive Lastschrifteinreicherbank die Abtretung von Ansprüchen gegen andere Institute wie auch die Drittschadensliquidation im Kundeninteresse. Als Rechtsfolge aus § 399 BGB greift dieses Verbot auch gegenüber dem Bankkunden durch, indem es einen dennoch geschlossenen Abtretungsvertrag einer Bank mit ihrem Kunden nicht wirksam werden läßt [4].

Nun kann es wohl nicht angehen, daß die Kunden, denen weder die Gelegenheit einer Einflußnahme beim Zustandekommen der

---

1) BGHZ 27, S. 241 ff, 246 f
2) Text bei Schütz, a.a.O., S. 373 ff
3) Text bei Schütz, a.a.O., S. 364 ff
4) Soergel-Schmidt, a.a.O., § 399 Anm. 6

besagten Abkommen gegeben wurde noch die Möglichkeit zu deren Annahme oder Ablehnung in bezug auf ihren Bankvertrag eingeräumt wird, durch diese Bankenvereinbarung schlechter gestellt werden als sie es ohne diese wären. Zur Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs bedürfen daher die Klauseln Nr.VI und IV Abs.3 der Abkommen einer Überprüfung, die hier mittels einer an § 157 BGB orientierten Interpretation zu ausreichender Klarstellung führt. Danach können die Klauseln nur so ausgelegt werden, daß die Banken die Abtretung ihres Haftungsanspruchs gegen andere Institute dem Kunden nur insoweit verweigern können, als der Kunde aus reinem banktechnischen Fehlverhalten, das auf einer Nichteinhaltung des Abkommens beruht, einen Schadenersatzanspruch durchzusetzen gedenkt. Wenn also die nach den Vereinbarungen von den beteiligten Kreditinstituten zu beachtenden Pflichten wie Vorlagefristen, Einhaltung bestimmter Verrechnungsmodalitäten und Rückgabeformalitäten von diesen im Einzelfall nicht eingehalten wurden, so ist dem Kunden oder der Einreicherbank in seinem Interesse die Geltendmachung einer Schadenersatzforderung daraus untersagt. Ansprüche dagegen, die dem Kunden beim Scheck- oder Lastschrifteinzugsverfahren außerhalb dieses technischen Verfahrensablaufs durch Versäumnisse der Zweitbank erwachsen, kann er entsprechend der in Nr.9 Abs.1 AGB enthaltenen Regelung geltend machen [1]. Dazu gehört auch in jedem Fall der Haftungsanspruch gegen das eigene Geldinstitut bei Auswahlverschulden.

2.93 Haftung gegenüber ausländischen Stellen gemäß Nr.9 Abs.2 AGB

Die durch Nr.9 Abs.1 AGB bei Beauftragung Dritter bereits auf das Auswahlverschulden der Bank beschränkte Haftung wird in Abs.2 für das Inkassogeschäft mit dem Ausland nochmals verkürzt. Insbesondere soll in diesem Geschäftszweig

---

1) Vgl. Engel, Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren, S.35 f; Schadenersatzansprüche wegen Fehlverhaltens der bezogenen Bank eines Schecks sind hier jedoch ausgenommen, s.u. 9., S.156f- die Inanspruchnahme einer zwischengeschalteten Bank bleibt dagegen frei.

dem Kunden das Risiko der Zahlungseinstellung der Auslandsbank zufallen, daneben werden auch andere, nicht vorhersehbare Störungen, die dem besonderen Geschäftsgebahren einer ausländischen Einzugsstelle entspringen, vom Kunden haftungsmäßig selbst zu tragen sein.
Darin kann jedoch grundsätzlich dann keine Übervorteilung durch die Hausbank gesehen werden, wenn diese aus ihrer häufig wesentlich größeren Kenntnis der Verhältnisse in dem vorgesehenen Land heraus dortige Institute mit dem Einzug betraut, die bisher zu Zweifeln bezüglich Zuverlässigkeit und Bonität keinen Anlaß gegeben haben. Ein dennoch verbleibendes Risiko beim Geschäftsverkehr mit ausländischen Vertragspartnern, das dem Kunden ja schon aus dem Grunde nicht unbekannt ist, weil er gerade ein Inkasso-Verfahren wählt und nicht etwa nur gegen Rechnung liefert, muß er gerechterweise tragen. Es versteht sich auch, daß das Risiko ansteigt, wenn das d/a- oder d/p-Inkasso auf einen ausländischen Schuldner lautet, an dessen Sitz sich der deutschen Bank eine Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Inkassostellen nicht oder nur in geringem Umfang bietet. Zwar ist die Kundenbank auch dann verpflichtet, sich über eventuell bestehende Negativmerkmale dieser Auslandsbank zu unterrichten, Informationen über kleinere ausländische Banken sind jedoch oft nur schwer und mit großem, dem Geschäft des Kunden nicht dienlichen Zeitaufwand zu bekommen. Bedient sich die auftraggebende Bank dagegen eines großen ausländischen Instituts zur weiteren Substituierung an eine am Ort des Schuldners sich befindende Inkassostelle, steht sie oft vor dem Dilemma, daß das zunächst angegangene Institut seinerseits die Haftung für Erfüllungsgehilfen ausschließt [1]. Die eingeschränkte Haftung aus Nr.9 Abs.2 AGB ist also gerechtfertigt.
Dieser Ansicht ist auch der BGH [2] gefolgt, der der AGB-verwendenden Bank nur dann eine Erweiterung ihrer Haftung

---

1) Schütz, a.a.O., S.16 Anm.4 zu Nr.9
2) BGH v. 20. Oktober 1960, Auszug bei Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung ...., S.185 = NJW 1961, S.169 (nur Leitsatz)

auferlegt, wenn sie von ihrem Kunden angewiesen wurde, vor Weitergabe seines Auftrags zunächst besondere Erkundigungen über die Solvenz der ausländischen Einzugsstelle einzuholen und nur im Falle einwandfreier Bonität den Auftrag weiterzuleiten.
Die Freizeichnung kann allerdings dann keine Anwendung finden, wenn die ausländische Einzugsstelle gleichzeitig Korrespondenzbank des AGB-verwendenden Instituts ist und bei dieser ein dem Institut eigenes Währungsguthaben unterhalten wird. Ist nun der Inkassobetrag in Fremdwährung bei der Korrespondenzbank eingegangen, und hat sich damit die Forderung der deutschen Bank gegen die Korrespondenzbank erhöht, muß das hiesige Institut den Schaden, der aus einer eintretenden Insolvenz der Korrespondenzbank entsteht, selbst tragen und kann ihn nicht an den Kunden weitergeben. Ungeachtet dessen, daß das deutsche Institut seine Forderung gegen die Auslandsbank nicht realisieren kann, ist ihm doch immerhin der Inkassobetrag des Kunden zugeflossen - es ist daher verpflichtet, diesen Betrag dem Kunden auch auszukehren [1]. Ähnliches gilt, mit umgekehrtem Vorzeichen, übrigens auch dann, wenn der Kunde einen Zahlungsauftrag in ausländischer Währung erteilt, die Bank dafür sein Konto belastet, die zur Ausführung angewiesene ausländische Korrespondenzbank, bei der ein Währungsguthaben unterhalten wird, jedoch vor Weitergabe des Betrages an den Empfänger oder einen zwischengeschalteten Dritten in Konkurs fällt. Der Schaden betrifft das Vermögen der Bank und kann nach Nr.9 Abs.1 AGB dem Kunden nicht angelastet werden.

2.94 Depothaftung gemäß Nr.36 Abs.1 AGB und Zusammenfassung

Der Haftungsausschluß aus Nr.36 S.2 und 3 AGB, durch den die Banken ihre Haftung für die Wertpapierverwahrung bei Dritten

---

1) So am Beispiel der Ost-West Überweisung auch BGH v. 27. April 1954, LM § 355 HGB, Nr.8

nur auf die Auswahlverschuldenshaftung beschränken, ist vom Gesetzgeber durch § 3 Abs.2 S.2 Depot Gesetz ausdrücklich sanktioniert. Für die Sorgfaltspflichten des Zwischenverwahrers gelten die gleichen Grundsätze wie oben zu Nr.9 Abs.1 AGB dargelegt.

Eine Betrachtung des Komplexes der Nr.9 Abs.1 und 2 AGB und Nr.36 Abs.1 AGB aus dem Gesichtspunkt eines der Interessensituation der beteiligten Parteien entsprechenden Risikoausgleichs führt zu keiner Beanstandung der Klauseln. Zwar haben die Banken in Nr.9 Abs.1 AGB und Nr.36 Abs.1 AGB ihre Haftung auf eine Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht bei Auswahl des Dritten beschränkt, wegen der besonderen Umstände des Auslandsgeschäfts in Nr.9 Abs.2 AGB ihre Haftung sogar noch enger gezogen, der Kunde ist deshalb jedoch nicht mehr belastet, denn anstelle der verkürzten Haftung seines Vertragspartners steht ihm aufgrund seines Anspruchs auf Abtretung entsprechender Rechte seiner Bank regelmäßig selbst der Durchgriff gegen den schadensverursachenden Substituten offen.

Nun sehen die vorliegenden Entwürfe für ein AGB-Gesetz vor, daß Klauseln in AGB, die den Haftungsausschluß oder die Begrenzung für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten eines Erfüllungsgehilfen des AGB-Verwenders vorsehen, die Wirksamkeit versagt werden soll [1]. Ein derartiger Gesetzesvorschlag, der im Bereich des Kauf- und Werklieferungsrechtes aufgrund des dort mit Hilfe von Freizeichnungsklauseln in der Vergangenheit häufig getriebenen Mißbrauchs durchaus seine Berechtigung erfährt, sollte jedoch nicht so global auf alle Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden, bei denen der AGB-Verwender sich - zum Teil zwangsläufig - eines Dritten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient. Eine Auswirkung dieses Gesetzes gerade auch auf die Bank-AGB würde im

---

1) § 8 Abs.11 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB; § 13 Held u.a.: Entwurf eines Gesetzes über AGB

Verhältnis zu den Kunden zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß an den Kreditinstituten die Haftung für grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verschulden der von ihnen für den Kunden beauftragten, selbständig und eigenverantwortlich tätigen Substituten hängen bliebe, während die Kunden selbst aus diesem Verhältnis in überwiegendem Maße nur Vorteile ziehen könnten [1]. Diese Ungewichtigkeit wird besonders augenfällig, wenn man auf das Risiko beim ausländischen Inkasso-Geschäft abstellt oder in Rechnung stellt, daß den Banken ihrerseits gegenüber den von ihnen beauftragten Instituten - etwa der Deutschen Bundesbank - wegen deren Geschäftsbedingungen oft selbst keine Haftungsansprüche zustehen. Ein zukünftiges AGB-Gesetz sollte daher die von einem derartigen Freizeichnungsverbot betroffenen Geschäftszweige klar von jenen abgrenzen, bei denen die bisher geübte Praxis der Haftungsaufteilung der bestehenden Interessenlage zwischen den Parteien durchaus entsprach [2].

---

1) Steuer, Zur Problematik einheitlicher gesetzlicher Regelungen ...., Bank B 1975, S.85;
s.a. NN., Verbraucherschutz und allgemeine Geschäftsbedingungen, Jahresbericht des Bundesverbandes deutscher Banken 1973/74, S.30 f

2) Möhring, Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ...., NJW 1974, S.1691

3. Nr.10 AGB - Freizeichnung für Rat und Auskunft

> Die Bank steht dem Kunden nach bestem Wissen zu allen bankmäßigen Auskünften und Raterteilungen zur Verfügung. Erstrecken sich mündlich erteilte Auskünfte auf Kreditwürdigkeit oder Zahlungsfähigkeit, so gelten sie nur vorbehaltlich schriftlicher Bestätigung. Mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der Auskünfte und Ratschläge können diese jedoch nur unter Ausschluß jeder Verbindlichkeit, auch, soweit gesetzlich zulässig, der Haftung aus § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches erteilt werden; die Bank übernimmt ferner keine Haftung aus einer etwaigen Unterlassung von Auskünften und Raterteilungen. [1]

Durch die sich von den Banken in Nr.10 AGB ausbedungene Freizeichnung für Rat und Auskunft sind deren Geschäftsbedingungen wohl erst in dem heute vorhandenen Maße in das Bewußtsein des Publikums gerückt, beschäftigt doch überwiegend diese Klausel im Verhältnis zu den anderen AGB-Bestimmungen die zur Entscheidung in Rechtsstreitigkeiten zwischen Banken und Kunden angerufenen Gerichte, und das, obwohl insbesondere die Auskunftserteilung ureigentlich nicht in den Bereich des Bankgeschäftes fällt. Das Bestreben nach möglichst weitgehender Gläubigersicherung, die dem Interesse aller am Geschäftsverkehr Beteiligten entspricht, hat dazu geführt, daß den Kreditinstituten als für diese Aufgabe besonders prädestinierten Teilnehmern am Geschäftsverkehr die Rolle des Informationsgebers zur Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Schuldnern zufiel. Dieser freiwillig übernommene, überwiegend kostenlose oder doch nur nach dem Kostendeckungsprinzip kalkulierte Dienst wird von Wirtschaft und Gewerbe vorzugsweise in Anspruch genommen; auch der Staat ist sich der wichtigen Rolle der Kreditinstitute auf diesem Sektor bewußt, wenn er in dem von der Bundesregierung zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz konzepierten Datenschutzgesetz [2] in § 24 ausdrücklich die Weitergabe solcher

---

1) =Nr.7 AGB-Sp
2) Bundestagsdrucksache VI/2885 v. 2. Dezember 1971; Bundesratsdrucksache 391/73 v. 25. Mai 1973

Daten einer Person zuläßt, die im Zusammenhang mit einem von dieser Person abgeschlossenen Kredit-, Versicherungs- und Dienstleistungsvertrag stehen. Da einerseits nun offenbar ein Teil des bei den Banken mit Auskunftsersuchen einkommenden Personenkreises der Meinung ist, positive Bankauskünfte stellten eine Art Kreditversicherung dar und die eigene Sorgfaltspflicht im Umgang mit Schuldnern könne daher vernachlässigt werden, andererseits nicht alle Kreditinstitute in jedem Fall den erteilten Auskünften die notwendigen, gewissenhaft angestellten Recherchen vorausschicken, entstehen mitunter Schäden in Gestalt von uneinbringbaren Forderungen bei den Auskunftsempfängern, die dafür nicht selten das auskunfterteilende Kreditinstitut in Regreß zu nehmen versuchen. Mit der in Nr.10 AGB aufgesetzten Bestimmung sollen derartige Ansprüche auf einen engen Bereich begrenzt werden.

Begriffsbestimmung von Rat und Auskunft

Unter Auskünften im Sinne der Bestimmung sind Informationen über Personen und Unternehmen zu verstehen, die am Geschäfts- und Wirtschaftsleben des In- und Auslandes teilnehmen. Es muß sich dabei nicht um Kunden des um Auskunft gebetenen Kreditinstituts handeln, vielmehr betrifft ein großer Teil der bei einem Kreditinstitut aus eigenem Kundenkreis auflaufenden Auskunftsgesuche Kunden anderer Banken. Die Auskünfte beschränken sich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angefragten, die wiederum durch dessen Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit einerseits und andererseits durch dessen Rechtsgestalt - bei Firmen zum Beispiel Rechtsform, Geschäftsführer, unter Umständen auch Gesellschafter - beschrieben werden. Natürlich werden Auskünfte auch über Teilbereiche davon erteilt, wie es etwa bei einer Scheckauskunft, bei der eine Bank sich bei dem bezogenen Institut über die Deckung eines vorliegenden Schecks erkundigt, der Fall ist.

Bankauskünfte unterliegen grundsätzlich keinem besonderen Formzwang, sie können schriftlich, mündlich, telefonisch oder in anderer Form erteilt werden. Um jedoch die gelegentlich eines Gesprächs oder auf andere Weise gemachte Aussage eines Bankbeamten zu einer Auskunft werden zu lassen, aus der der Anfragende notfalls Rechte ableiten kann, ist erforderlich, daß es für den Bankbeamten ersichtlich werden konnte, daß von ihm eine bei dem Anfragenden zu einer Entscheidung führende Erklärung gefordert wurde [1].
Die Erkundigung des Anfragenden muß sich auch immer auf Umstände außerhalb seines eigenen Geschäftsbereichs beziehen. So ist es keine Auskunft im hier besprochenen Sinne, wenn der Kunde sich etwa nach der Höhe seines verfügbaren Guthabens erkundigt oder wenn ein Unberechtigter sich als Kontoinhaber aufspielt und dadurch von der Bank über Einzelheiten der betreffenden Kontoführung unterrichtet wird [2].
Neben den Auskünften bezieht sich die Freizeichnung aus Nr.10 AGB auch auf Raterteilungen. Darunter fällt die heute von den meisten Geldinstituten betriebene Anlageberatung ebenso wie auf Wunsch erteilte Hinweise über günstige Inkasso-Wege, vorzuziehende Devisentransaktionen und sonstige, mit Bankgeschäften in Zusammenhang stehende Empfehlungen.

3.2 Geltungsbereich der Klausel ....

Die Empfänger für bankmäßige Auskünfte und Empfehlungen befinden sich in erster Linie im eigenen Kundenkreis und unter anderen Banken, jedoch werden unter bestimmten Umständen auch an solche Personen Auskünfte erteilt, die sonst in keiner Beziehung zu dem auskunftgebenden Institut stehen. Es bedarf daher zunächst der Erörterung, wie die Freizeichnungsklausel gegenüber den einzelnen Anfragergruppen wirkt.

---

1) Sichtermann, Bankgeheimnis, S.330
2) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.512

3.21 .... gegenüber Kunden

Gegenüber ihren Kunden, denen die Kreditinstitute durch Bankvertrag verbunden sind, greift Nr.10 AGB grundsätzlich bei entsprechender Fallgestaltung durch. In diesem Zusammenhang stellt die Klausel jedoch nicht eine Wiederholung und Bekräftigung des Rechtssatzes aus § 676 BGB dar, im Gegenteil kann die Vorschrift in einem Bankvertragsverhältnis oder in einem entsprechenden Vorvertragsverhältnis gerade nicht zur Anwendung kommen, weil eigentlich Beratung und Auskunft entweder Haupt- oder Nebenpflicht eines derartigen Vertrages sind oder zu den Sorgfaltspflichten der Parteien in einem Vertragsanbahnungsverhältnis gehören: Mit schuldhaft falscher Auskunfterteilung kann ein Kreditinstitut gegenüber dem Kunden eine unselbständige Nebenpflicht des Bankvertrages verletzen und damit wegen persönlicher Vertragsverletzung haften, oder es könnte die Haftung auf sich ziehen, weil es eine Beratungspflicht als selbständige Nebenpflicht vernachlässigte und damit die teilweise Unmöglichkeit bei der Erfüllung einer zu erbringenden Leistung verschuldete; auch kann, als Untervertrag zu einem Bankvertrag, ein selbständiger Auskunftvertrag geschlossen worden sein, in dem die schuldhaft falsche Auskunftserbringung durch die Bank die Haftung aus der Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptleistung nach sich ziehen könnte [1]. Schließlich kann in einem vorvertraglichen Stadium die Bank eine Aufklärungsfrist verletzt haben und dadurch einer Haftung aus culpa in contrahendo unterliegen [2]. Solche Schadenersatzansprüche des Kunden, die in vertraglicher und vorvertraglicher Haftung begründet sind, können wohl durch eine AGB-Bestimmung wie die vorliegende, nicht aber durch § 676 BGB wegen der im 2. Halbsatz enthaltenen Einschränkung ausgeschlossen werden.

---

1) Schönle, a.a.O., S.44, § 5 II C 1
2) RG v. 28. September 1933, JW 1933, S.2513 m. Anm. Oertmann

3.22 .... gegenüber Nichtkunden

AGB als vertragsgestaltende Bestimmungen bedürfen zu ihrer Geltung in einem Rechtsverhältnis der beiderseitig gewollten Einbeziehung, wobei die Zustimmung der sich unterwerfenden Partei auch konkludent durch Vertragsschluß erfolgen kann. Unter dieser Voraussetzung stellt sich jedoch die Frage, ob dann einer Bank, die einer mit ihr nicht durch Bankvertrag verbundenen Person eine Auskunft erteilt, überhaupt eine Freizeichnung nach Nr. 10 AGB zur Seite steht oder ob die für diesen Fall eingreifenden Haftungsregeln allein dem Gesetz zu entnehmen sind.

3.221. Rechtsverhältnis zwischen Bank und Nichtkunden

Unbedingte Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer AGB-Klausel wie der aus Nr. 10 AGB ist eine vertragliche Bindung zwischen Bank und dem Auskunftersuchenden. Ausdrücklich geschlossen wird ein derartiger Auskunftsvertrag regelmäßig weder als selbstständiges Rechtsverhältnis noch als Untervertrag zu einem gleichzeitig begründeten allgemeinen Bankvertrag - dies allein schon aus dem Grund, weil die Auskunfterteilung keine typische Bankleistung ist und deshalb selbst bei beidseitig vorhandenem Willen zum Abschluß eines Auskunftsvertrages den allen sonstigen Bankgeschäften gemeinsamen Bankgrundvertrag nicht nach sich zieht [1].

Nun hat sich jedoch eine wohl herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung gebildet, der zufolge auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses jedes Auskunftersuchen eines Nichtkunden an ein Kreditinstitut, aus dem dieses erkennen kann, daß die erwartete Auskunft für den Anfragenden von großer Bedeutung ist und er sie zur Grundlage einer wesentlichen wirtschaftlichen Entscheidung machen

---

1) s.o. 1.123.1, S. 24 f

will, dann zu einem stillschweigenden Vertragsschluß führt, wenn das Institut darauf mit Übergabe einer Auskunft antwortet und somit konkludent seine Zustimmung zu einer solchen vertraglichen Bildung mit dem Inhalt, daß es auch für die Richtigkeit der Auskunft einstehen will, erklärt [1]. Daran soll sich auch dann nichts ändern, wenn die erteilte Auskunft ohne eigenes wirtschaftliches Interesse und kostenlos von der Bank erstellt wurde [2]. Diese Ansicht, von der Liesecke selbst zugibt, daß sie als "Fiktion" betrachtet werden könnte [3], basiert auf dem Hintergrund einer vermutlich für unzureichend gehaltenen Haftung der Banken für unrichtige Auskünfte, wenn diese außervertraglich wegen § 676 BGB nur auf das Deliktsrecht gemäß §§ 823 Abs.2 und 826 BGB gestützt werden könnte. Nun ist es freilich richtig, daß die Deliktshaftung wegen ihrer Beschränkung auf Vorsatz und erfolgsbilligende Fahrlässigkeit [4], wegen der gemäß § 831 BGB eingeschränkten Haftung für Verrichtungsgehilfen [5] und wegen der gemäß § 852 verkürzten Verjährungsfrist auf drei Jahre [6] ein Minus gegenüber der vertraglichen Haftung bedeutet, die sich allenfalls durch die unter Umständen auch dem Nichtkunden gegenüber aufgrund des Auskunftsvertrages wirksam werdende Klausel gemäß Nr.10 AGB [7] verringert. Weil jedoch gerade um des Zieles einer Haftungserweiterung willen ein Rechtsverhältnis zwischen Bank und Nichtkunden konstruiert wird, das real nicht vorhanden ist, muß die Ansicht der Rechtsprechung abgelehnt werden.

Es ist vielmehr unter der Voraussetzung, daß ein Kreditinstitut einem Nichtkunden kostenlos und ohne sonstiges wirtschaftliches Interesse eine gewünschte Auskunft erteilt, grundsätzlich davon auszugehen, daß diese Auskunftsübermittlung eine

---

1) Erstmals RGZ 27; S.118 ff, 121, 124; BGH v. 7. Januar 1965, WM 1965, S.287 ff, 287 m.w.N.; BGH v. 14. November 1968, WM 1969, S.36 ff, 37; Liesecke, Die Haftungsausschlüsse.... S.510; Schönle, a.a.O., S.44 § 5 II C 1
2) BGH v. 14. November 1968, a.a.O.
3) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., a.a.O.
4) BGH v. 13. Juli 1956, WM 1956, S.1229 f, 1229
5) RG v. 28. September 1933, JW 1933, S.2513
6) Altjohann, Bankvertrag ...., S.93 f
7) BGH v. 21. Dezember 1972, WM 1973, S.635 f, 638

reine Gefälligkeitshandlung darstellt und keinerlei rechtlichen Bindungswillen wiedergeben soll. Zwar ist der Rechtsprechung zuzustimmen, wenn sie annimmt, es sei für die anfragende Partei bei für sie entscheidungsbedeutsamen Erklärungen von besonderem Belang, daß die Bank für deren Richtigkeit einstehe [1]; es bedeutet jedoch eine Verdrehung des gerade auf freiwillige Hilfeleistung zur Erzielung eines allgemeinen Gläubigerschutzes gerichteten Willens der Bank, ihr zu unterstellen, sie wolle mit jeder an einen Nichtkunden weitergegebenen Auskunft sich "quasi sinnlos in eine Haftung stürzen" [2]. Der Umstand eines normalerweise nicht vorhandenen Willens zur Übernahme einer vertraglichen Gewährleistungspflicht läßt wohl weder darauf schließen, daß die Banken es an der notwendigen Sorgfalt bei Erstellung der Auskünfte fehlen ließen noch daß sie eine Entgeltung ihrer bisher freiwilligen Leistung anstrebten; die Absicht, sich nicht durch die Auskunft verpflichten zu wollen, bezweckt allein einen Schutz vor unübersehbaren Ansprüchen der Nichtkunden gegen die Bank, wenn sie oder ihre Erfüllungsgehilfen im Einzelfall die wirtschaftliche Lage des Beurteilten nicht richtig einzuschätzen in der Lage waren.

Da es also an den für die Annahme eines Vertragsschlusses notwendigen, übereinstimmenden Willenserklärungen fehlt, stellt sich die Bankauskunft gegenüber einem Nichtkunden nur als eine tatsächliche Handlung dar, auf die die Haftungsregeln des Deliktsrechts anwendbar sind. Für deren Eingreifen ist es nicht bedeutsam, wie ein anfragender Nichtkunde eine Auskunft aufgenommen und verstanden hat, sondern allein wie sie von der erklärenden Bank abgegeben wurde [3].
Die Auskunft wird jedoch abweichend von der geschilderten Regel dann zur Erfüllungshandlung eines Auskunftsvertrages, wenn auch die Bank sie erkennbar dazu machen wollte. Dieser

---

1) z.B. BGHZ 7, S.371 ff, 374
2) v. Godin in RGR-Komm. z. HGB, 2. Auflage, § 365 Anh.I, Anm.3c
3) Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, S.343 m.N.

Wille kann sich auch ohne ausdrückliche Deklaration darin manifestieren, daß aufgrund der Verkehrsübung und des Verkehrsbedürfnisses der an solchen Verträgen normalerweise Beteiligten der Abschluß eines solchen Rechtsverhältnisses für den Auskunftgebenden erforderlich wird [1]. Ein solcher Fall ist überall dort gegeben, wo zwischen vertraglich sonst nicht verbundenen Parteien eine zeitweise oder dauernde gegenseitige Abhängigkeit vom Verhalten der anderen Seite besteht. Dieser Fall ist jedenfalls im Verhältnis verschiedener Banken zueinander gegeben, wenn sie sich gegenseitig zu Scheckauskünften zur Verfügung stehen. Die von Einreicherbanken erbetenen Scheckbestätigungen, auf die unten noch näher einzugehen notwendig wird [2], erfordern bei den bezogenen Banken innerhalb eines bestimmten Rahmens gewissenhafte Recherchen im eigenen Hause. Diese durchzuführen und die Auskünfte sorgfältig zu erteilen entspricht regelmäßig dem Willen des befragten Kreditinstitutes, ebenso wie es sich auch mit Abgabe seiner Erklärungen für deren Richtigkeit verbürgen will. Der hier gewünschte Abschluß eines Auskunftsvertrages findet seinen Grund darin, daß das vorher bezogene Institut umgekehrt in der Funktion einer Einreicherbank stehend ein gleichgroßes Interesse an einer verbindlichen Auskunft des nunmehr bezogenen Institutes hat.

Nun könnte jedoch ein Vertragsschluß zwischen den beteiligten Kreditinstituten daran scheitern, daß etwa bei einer telefonischen Scheckanfrage von beiden Seiten nicht vertretungsberechtigte Angestellte miteinander ins Gespräch kommen. Diesem Einwand kann jedoch entgegengehalten werden, daß Kreditinstitute sich die stillschweigend erfolgte Beauftragung ihrer Angestellten zum Abschluß derartiger Verträge anrechnen lassen müssen, wenn sie diesen eine mit solchen Scheckanfragen verbundene Stellung zugewiesen haben [3].

---

1) RGZ 162, S.129 ff, 154 f
2) s.u. 3.42, S.109 ff
3) OLG Stuttgart v. 5. Februar 1969, WM 1969, S.278 ff, 280

Dem Grundsatz der aufeinander bezogenen Interessenlage folgend kann es natürlich auch dann zu stillschweigend abgeschlossenen Auskunftsverträgen kommen, wenn im Verhältnis von Bank zu Bank Solvenzauskünfte erteilt werden - die allerdings nur eigenen Zwecken des anfragenden Instituts dienen dürfen, nicht etwa, wie der BGH in einer neueren Entscheidung in Weiterentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung annimmt, die auskunftgebende Bank auch gegenüber sonstigen, zumal noch unbekannten Nichtkunden gemäß § 328 Abs. 1 BGB vertraglich verpflichten sollen [1] - oder wenn im Verhältnis von Bank zu einem anderen Nichtkunden ein gegenseitiges wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht, etwa der Art, daß die Bank sich für die Richtigkeit ihrer Auskunft quasi als Gegenleistung für eine von dem Nichtkunden zu bewirkende, sie begünstigende Handlung verpflichten will.

3.222. Auskunft an Nichtkunden mit Zusatz o.O. (ohne Obligo)

Während die Auskunfterteilung an einen Kunden, der ohnehin der Bank durch Bankvertrag verbunden ist, grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Nr. 10 AGB erfolgt, ergibt sich die Freizeichnung für eine Auskunftserklärung gegenüber einem Nichtkunden - nimmt man entgegen der hier vertretenen Ansicht mit der herrschenden Meinung eine vertragliche Bindung zwischen Auskunftgeber und -empfänger an - nicht ohne weiteres. Die für Rat und Auskunft vorgesehene AGB-Haftungsbeschränkung greift nämlich in diesen Verträgen nur dann durch, wenn sie entweder ausdrücklich vereinbart wurde oder der Nichtkunde von dem Tätigwerden einer Bank nur unter den Bedingungen der AGB Kenntnis hatte [2]. Um auch gegenüber dem allein durch Auskunftsvertrag mit Kreditinstituten verbundenen Personenkreis, der nicht der vorgenannten Karegorie zugerechnet werden kann, klarzustellen, daß eine Freizeichnung entsprechend Nr. 10 AGB auf jeden Fall beabsichtigt ist, werden die

---

1) BGH v. 25. April 1974, WM 1974, S. 685 ff, 686
2) BGH v. 6. März 1972, NJW 1972, S. 1200 ff, 1201

ausgehenden Auskünfte regelmäßig mit der Klausel "ohne unser Obligo" oder deren Abkürzung "o.O." versehen. Dieser Hinweis, dem die Anerkennung auch von der Rechtsprechung nicht verweigert wird [1], ersetzt die Kernaussage aus Nr.10 AGB, nämlich Satz 3, 1. Halbsatz. Es versteht sich freilich von selbst, daß auch dieser Kurzformel nur in den Grenzen die Rechtswirksamkeit zugebilligt werden kann, wie sie in den folgenden Abschnitten für Nr.10 AGB dargestellt werden.
Die einem Nichtkunden, dem ein Kreditinstitut außerhalb eines Vertragsverhältnisses eine Auskunft erteilt, übermittelte Erklärung "o.O." verweist im Unterschied zu der vorgenannten Bedeutung nur auf die Vorschrift aus § 676 BGB; eine darüberhinausgehende Sinngebung ist nicht möglich und wohl auch nicht von den AGB-Aufstellern beabsichtigt.

In diesem Zusammenhang können noch zwei andere in der Praxis vorkommende Maßnahmen der Banken aufgeführt werden, die in Verbindung mit erteilten Auskünften eine Freizeichnung ermöglichen sollen: Das ist zunächst das bisweilen anzutreffende Verfahren, Auskünfte ununterschrieben dem Empfänger zuzuleiten. Die damit beabsichtigte, verstärkte Gewähreinschränkung gegenüber der vertraglich verbundenen Gegenseite schlägt jedoch fehl - einzige Folge solchen Verhaltens sind eventuell Beweisschwierigkeiten, die dem geschädigten Auskunftsempfänger anfallen [2]. Eine andere Möglichkeit zur Begrenzung der durch die Rechtsprechung den Banken auferlegten Vertragshaftung gegenüber Nichtkunden besteht darin, dem Empfänger die Auskunft verschlossen in einem Umschlag zuzusenden, der mit einem Text des Inhalts versehen ist, daß aus einer Eröffnung des Umschlags konkludent die Absicht des Nichtkunden hervorgehe, die Bank von sämtlichen Folgen der inliegenden, etwa unzutreffenden Auskunft freizuhalten [3]. Dieser Weg der Freizeichnung unterscheidet sich von der

---

1) vgl. BGH v. 6. Juli 1970, Betrieb 1970, S.1631 f, 1632 = WM 1970, S.1021 f, 1022
2) Sichtermann, a.a.O., S.341
3) Schönle, a.a.O., S.45 § 5 II C 1

direkten Verweisung auf Nr.10 AGB dadurch, daß der Auskunftsempfänger sich nicht automatisch einer fertig bereitliegenden Klausel unterwerfen muß, sondern daß ihm ein freilich kleiner, individueller Entscheidungsspielraum bis unmittelbar vor Annahme der Bankleistung derart verbleibt, entweder das Kuvert ungeöffnet zurückzusenden oder von der Auskunft Kenntnis zu nehmen und damit gleichzeitig die Vertragsbedingungen zu akzeptieren. Die bei diesem Verfahren dem Auskunftsempfänger im Vergleich zur AGB-Unterwerfung eingeräumte, erweiterte Entscheidungsfreiheit bringt es freilich mit sich, daß eine auf die beiden hier verglichenen Freizeichnungen gerichtete Inhaltskontrolle für die Nr.10 AGB engere Wirksamkeitsgrenzen abstecken wird als für diese den Auskünften beigegebenen Sonderbedingungen. In der folgenden Untersuchung wird dieser Unterschied erläutert.

3.3 Umfang der Haftung

Mit dem in Nr.10 AGB enthaltenen Haftungsausschluß beabsichtigen die diese Geschäftsbedingungen verwendenden Kreditinstitute bis an die äußerste Grenze der gesetzlich zulässigen Haftungsbeschränkungen vorzustoßen, mit anderen Worten: abgesehen von der gemäß § 276 Abs.2 BGB nicht zulässigen Freizeichnung für Vorsatz des Schuldners oder seines verfassungsmäßigen Vertreters sollen sämtliche Risiken einer unrichtigen Auskunft dem Kunden übertragen werden.

Die von der Rechtsprechung herangebildeten, von der Literatur überwiegend übernommenen Grundsätze zur Inhaltskontrolle dieser Klausel versagen allerdings mit Recht den Banken eine derartig weitgezogene Beschränkung ihrer Haftung [1]. Das folgt aus dem in § 242 BGB enthaltenen Ausgewogenheitsprinzip, nach dem derjenige, der die Gestaltung eines Rechts-

---

1) RGZ 102, S.396 ff, 397; BGHZ 20, S.164 ff, 167 f; BGH v. 22. Mai 1968 NJW 1968, S.1718 ff, 1720; BGH v. 18. Januar 1973, Betrieb 1973, S.717 ff, 718; Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.502; G. Raiser, Gerichtliche Kontrolle ...., S.162; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S.176

geschäfts ohne Mitwirkung des Vertragsgegners vornimmt, dabei zur besonderen Beachtung der gegnerischen Interessenlage verpflichtet ist. Während also in einem den Parteien mehr oder weniger Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit belassenden Rechtsgeschäft eine unausgewogene bis hin zu einer einseitigen Haftungsregelung durchaus wirksam sein kann - so etwa in dem oben geschilderten Fall der im verschlossenen Umschlag übersandten Auskunft -, widerspricht es jedem Billigkeitsgefühl, wenn der Aufsteller von AGB sich jeglichen Risikos einer Schadenshaftung soweit gesetzlich nur eben möglich entledigt. Wenn also die Banken sich durch Nr.10 AGB von ihrer Sorgfaltspflicht befreien wollen, indem sie die Haftung für eigenes leichtfertiges, erkennbar schadenträchtiges Handeln, das heißt also für grobe Fahrlässigkeit bei Abfassung von Auskünften, von sich schieben wollen, so kann das von der Rechtsordnung so nicht hingenommen werden. Wenn Schütz [1] dagegen einwendet, die Banken seien in Auskunftsverträgen zur Beachtung kaufmännischer Sorgfalt nicht verpflichtet, da die Geschäftssparte "Auskunfterteilung" nicht unter das Handelsgeschäft des Bankiers und Geldwechslers im Sinne von §§ 347, 343, 1 Abs.2 Nr.4 HGB falle, so geht seine Ansicht fehl. Handelsgeschäfte sind nach weit überwiegender Ansicht auch solche im Rahmen eines Gewerbebetriebes geführten Geschäfte, die wie die Auskunftserteilung zwar nicht eben gewerbetypischen Charakter haben, jedoch regelmäßig im Betrieb des Kaufmanns im Zusammenhang mit anderen Geschäftssparten nicht nur zu privaten Zwecken betrieben werden [2]. Im übrigen wäre von den Banken für Auskunfterteilungen - auch außerhalb der höhere Anforderungen stellenden kaufmännischen Sorgfaltspflicht - wegen der dem AGB-Aufsteller gemäß § 242 BGB auferlegten besonderen Obliegenheit der Beachtung des Schuldnerinteresses die im sonstigen Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten; eine Rechtfertigung der ausgedehnten Freizeichnung aus Nr.10

---

1) Schütz, a.a.O., S.204
2) s. Ratz in RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., § 343 Anm.3 m. zahlr. Rspr.-Hinweisen

AGB läßt sich daher nicht begründen.
Nachdem nunmehr feststeht, daß die Haftungsbeschränkung der Banken für erteilte Auskünfte jedenfalls nicht auf die Folgen grob-fahrlässigen, die bankmäßige Sorgfaltspflicht außer acht lassenden Verhaltens ausdehnbar ist, bedarf es der Klärung, durch welchen ein Kreditinstitut repräsentierenden Personenkreis die gegenüber den AGB erweiterte Haftung der Bank ausgelöst wird.

3.31 Haftung für Repräsentanten

Während zur Frage des Haftungsrahmens eines Geldinstituts aus einem Auskunftsvertrag die vertretenen Ansichten weitgehend konform gehen, sind die Meinungen über die Ausdehnung des Begriffs des verfassungsmäßigen Vertreters, für dessen Verschulden die Bank sich gemäß § 276 Abs.2 BGB nicht freizeichnen kann, breiter gefächert. Ein allen gemeinsamer Standpunkt ist jedoch der, daß die Banken primär durch Handlungen der Organe verpflichtet werden, die die Geschäftsführung inne haben und in dieser Funktion auch (Mit-) Ersteller und (Mit-) Herausgeber der AGB sind - es würde eine geradezu krasse Mißachtung des Treu- und Glaubensprinzips bedeuten, würden die Kreditinstitute sich für unkorrektes Verhalten dieser Personen freizeichnen können. Die für das Vereinsrecht in §§ 30, 31 BGB niedergelegte Beschreibung von Leitungsorganen kann sinngemäß hier zur Anwendung kommen [1], um den voll haftenden Personenkreis klarer eingrenzen zu können. Auf die einzelnen Gesellschaftsformen bezogen, in denen Banken am Rechtsverkehr teilnehmen, bedeutet dieser Grundsatz, daß die als oHG oder KG firmierenden Institute für das Fehlverhalten ihrer geschäftsführenden Gesellschafter [2] oder eines von den Gesellschaftern mit der

---

1) RG v. 20. August 1937, Bank A 1937, S.85 ff, 86; BGH v. 7. Juni 1956, WM 1956, S.1056 ff, 1057; BGH v. 18. Januar 1973, WM 1973, S.164 ff, 166; BGH v. 28. Januar 1974, WM 1974, S.272 ff, 272
2) BGH v. 18. Januar 1973, Betrieb 1973, S.717ff, 718; BGH v. 3. Dezember 1973, WM 1974, S.153 f, 154

Geschäftsführung beauftragten Dritten [1] als verfassungsmäßig berufenem Vertreter einzustehen haben, bei den als Kapitalgesellschaften betriebenen Banken besteht die Haftung für die gemäß § 6 GmbH-Gesetz bestellten Geschäftsführer oder für den gemäß §§ 84, 76, 77, 78 Aktiengesetz bestellten und mit der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft beauftragten Vorstand. Ähnliches gilt für die genossenschaftlich geführten Geldinstitute (§§ 24 ff Genossenschaftsgesetz) und für die Sparkassen, die zum Teil als öffentlich-rechtliche Anstalten (Kommunalsparkassen), zum Teil als privatrechtliche Anstalten (sogenannte Freie Sparkassen) geführt, ihre Vertretungsorgane aus Gesetz oder Satzung herleiten.

Die durch Inhaltskontrolle der Nr.10 AGB erweiterte Haftung der Banken ist aber nicht auf falsche Auskünfte der mit der Geschäftsführung betrauten Personen beschränkt, sie wird auch durch weitere, durch Gesellschaftsvertrag oder Verfassung mit der Leitung des Gesamtbetriebes oder eines Teilbereichs beauftragte Personen hervorgerufen. Demzufolge treten jeweils nach Eigenart des Institutes Generalbevollmächtigte, Filialleiter und Prokuristen in diesen Kreis ein. Eine nur auf die jeweilige Verfassung abgestellte Beurteilung, ob eine für ein Institut handelnde Person dem Kreis der leitenden Organe zugehört oder nicht, kann jedoch beispielsweise bei einer als Aktiengesellschaft firmierenden Bank zur Benachteiligung des Kunden führen, weil hier nur drei Organe - Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat - gesetzlich vorgesehen sind, von denen auch nur der Vorstand in Bankgeschäften tätig wird. So kann der Ansicht von Wahnbeck [2] nicht gefolgt werden, derzufolge nach außen hin in leitender Funktion stehende Angehörige einer Bank-AG wie Filialdirektoren oder Prokuristen nicht die Stellung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters zukomme und deshalb die Bank für

---

1) Fischer in RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., § 114 Anm.9
2) Wahnbeck, Der besondere Vertreter der Bank, S.38

deren Verhalten nicht in vorgenanntem Rahmen haften müsse. Ob leitende Angestellte, die ihre Befugnisse nicht aus der Verfassung des Unternehmens ableiten, bezüglich der Haftungsfolgen mit den offiziellen Organen auf eine Stufe gestellt werden können, richtet sich danach, wie sich ihre Position innerhalb des Instituts einem durchschnittlichen Publikum darstellt. Kriterien wie die vorhandene Anordnungsbefugnis des Angestellten nach innen, verbunden mit seiner Vertretungsbefugnis der Kundschaft gegenüber, die ihn gleichsam als Repräsentanten des Instituts erscheinen läßt [1], prägen ebenso die Vorstellung von einem leitenden Angestellten wie dessen selbständige, eigenverantwortliche Tätigkeit in einem bestimmten, üblicherweise Führungskräften vorbehaltenen Teilbereich [2]. Der Filialdirektor, der einer nach außen selbständig erscheinenden Bankfiliale (Firmierung zum Beispiel: X-Bank, Filiale Göttingen) vorsteht, ist diesen Grundsätzen folgend leitender Angestellter und damit den verfassungsmäßigen Vertretern gleichgestellt [3]; ebenso der zwar nicht vertretungsberechtigte, jedoch zur Leitung einer kleinen Genossenschaftsbank hauptamtlich eingesetzte Angestellte [4]. Umgekehrt können Prokuristen, Abteilungsleiter oder Sachbearbeiter trotz ihrer in der Personalhierarchie einer Bank gehobenen Stellung nicht zu den "Leitenden" gezählt werden, wenn sie nach außen hin erkennbar den Weisungen von Vorgesetzten unterworfen sind [5].
Erteilt also ein dem vorgenannten Personenkreis entstammender Vertreter eines Kreditinstituts einem Kunden oder einem vertraglich verbundenen Nichtkunden vorsätzlich oder unter Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht fahrlässig eine unrichtige Auskunft, so haftet das Institut voll, ohne sich auf seine Freizeichnung gemäß Nr.10 AGB berufen zu können. Anders

---

1) BGH v. 7. Juni 1956, WM 1956, S.1056 ff, 1058; BGH v. 3. Februar 1970, WM 1970, S.633 ff, 634
2) Rietschel, Anm. zu BGH v. 30. Oktober 1967, LM § 31 BGB, Nr.14
3) BGH v. 6. Juli 1970, Betrieb 1970, S.1631 f, 1632
4) BGH v. 25. April 1974, WM 1974, S.685 ff, 686 f m.w.N.
5) BGH v. 2. Februar 1970, WM 1970, S.632 f, 633; BGH v. 6. Juli 1970, Betrieb 1970, S.1631 f, 1632

dagegen gesteltet sich die Rechtslage bei nicht-leitenden Angestellten einer Bank.

3.32 Haftung für Personal

In diesem Bereich kann der durch Inhaltskontrolle überprüften Freizeichnungsklausel grundsätzlich die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Wenn auch die Überwachung des Personals in die bankmäßigen Sorgfaltspflichten mit einzubeziehen ist, kann es einem Geldinstitut wegen der Fülle der tagtäglich erwünschten Beratungen und Auskunftersuchen nicht zugemutet werden, jede einzelne solcher abgegebenen Erklärungen durch einen mit Leitungsfunktionen betrauten Angestellten überprüfen zu lassen. Das somit entstehende, schwer zu begrenzende Risiko muß den Banken erlaubt sein, im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten, die gemäß §§ 278 Abs.2, 276 Abs.2 BGB über die Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit hinaus eine solche für vorsätzliches Verschulden des Erfüllungsgehilfen zulassen, den Kunden zu übertragen [1]. Mit ähnlicher Begründung hat auch der BGH in einer neueren Entscheidung [2] die Rechtswirksamkeit der Auskunftsfreizeichnung der Banken und Sparkassen bei Verschulden ihres Personals bestätigt.
Es versteht sich von selbst, daß Kreditinstitute nicht, um der erweiterten Haftung für ihre verfassungsmäßigen Vertreter zu entgehen, nur unselbständig arbeitende Angestellte zum Sprecher ihrer Nachrichtenabteilungen machen können; eine solche Handlungsweise würde Treu und Glauben widersprechen und dadurch die verschärfte Haftung wieder durchgreifen lassen [3].
Diesen Grundsätzen der Haftungslage bei Verschulden der Personen, derer sich die Kreditinstitute zur Erteilung von Auskünften und Empfehlungen bedienen, werden im Folgenden einige

---

1) G. Raiser, Gerichtliche Kontrolle ...., S.162
2) BGH v. 28. Januar 1974, WM 1974, S.272 ff, 272, 273, 274
3) BGH v. 21. Dezember 1972, WM 1973, S.635 ff, 635

typische Auskunftsarten gegenübergestellt, um die im Einzelfall abweichenden Haftungsregeln darzustellen.

3.4 Besondere Haftungsvoraussetzungen bei einzelnen Auskunftsarten

Wie oben bereits bei der Begriffsbestimmung von Auskunft und Rat ausgeführt [1], erteilen die Banken Solvenzauskünfte über Personen, Firmen und Unternehmen, geben anderen Instituten gegenüber Scheckbestätigungen ab und beraten ihre Kunden in allen Geschäften banktechnischer Natur. Für diese Auskunftsarten sind die folgenden Besonderheiten zu beachten.

3.41 Solvenzauskünfte

Die Beantwortung von Ersuchen um Solvenzauskünfte bereiten den Kreditinstituten eigentlich nur in dem Teil einer Auskunft Schwierigkeiten, die sich mit den wirtschaftlichen Verhältnissen des zu Beurteilenden beschäftigt. Tatsachenauskünfte wie Rechtsform, Geschäftsführung et cetera, die ebenso von der Freizeichnung gedeckt werden [2], sind hingegen unproblematisch und daher auch nur selten Anlaß zu Streitigkeiten mit Kunden, weil die Institute in diesem Bereich meistens auf amtliche Unterlagen zurückgreifen können. Eine Stellungnahme zur Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit wie auch eventuell dazu gemachte Rechtsausführungen [3] setzen hingegen eine besonders sorgfältig vorgenommene Ermittlung von Zahlen und Fakten voraus und erfordern darüberhinaus eine geschickte und seriöse Formulierung des weiterzugebenden Textes. Die hierbei anzuwendende Sorgfaltspflicht entspricht, wie bereits erwähnt, der eines Kaufmanns, für deren Einhaltung die Bank, erteilt sie die Auskunft durch einen verfassungsmäßigen Vertreter oder leitenden Angestellten, auch einzustehen hat; dagegen hieße es die Haftungsanforde-

---

1) s.o. 3.1, S.92 f
2) BGHZ 49, S.167 ff, 171
3) BGH v. 8. Juni 1961, WM 1961, S.794 ff, 796

rungen an die Bank zu übersteigern, würde man fordern, daß die Auskunft hinsichtlich der wirtschaftlichen Stellungnahme auch der objektiven Wahrheit entspräche [1]. Bei den komplizierten wirtschaftlichen Verhältnissen mancher zu Beurteilenden liegt es nämlich immer im Bereich des Möglichen, daß einer Bank trotz gewissenhafter Prüfung sämtlicher ihr zugänglicher Faktoren der eine oder andere Umstand, der eine geradezu gegenteilige Bewertung der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit erfordern würde, unbekannt bleibt.

Im Bereich der Freizeichnung für Solvenzauskünfte haben die Gerichte sich häufig mit dem Problem der unzulässigen Rechtsausübung beschäftigen müssen. Ein solcher Mißbrauchstatbestand wird dann angenommen, wenn ein für Fehler in seinem Geschäftsbereich freigezeichneter AGB-Verwender gerade aus dem Haftungsausschluß zu Buche schlagende Vorteile zum Nachteil eines den AGB unterworfenen Kunden erlangt. Im Zusammenhang mit der Auskunftsfreizeichnung der Kreditinstitute ist dabei der folgende Fall in verschiedenen Abwandlungen des öfteren aufgetreten : Das um Auskunft über die wirtschaftliche Lage eines Dritten ersuchte Kreditinstitut erteilt fahrlässig eine zu positive Antwort. Der Auskunftnehmer gewährt dem Dritten daraufhin über das auskunfterteilende Institut einen Kredit, aus dem sich die auskunfterteilende Bank wegen einer eigenen Darlehensforderung gegen den Dritten befriedigt. Über das Vermögen des Dritten wird anschließend der Konkurs eröffnet [2]. Zieht der Auskunftnehmer nun die auskunfterteilende Bank zur Haftung heran, kann sich diese nicht auf Nr. 10 AGB berufen, denn anderenfalls würden die § 242 BGB innewohnenden Prinzipien verletzt. Wenn also die Bank in Gestalt eines nicht-leitenden Angestellten falsche Auskünfte erteilt, die im Ergebnis zu einem besonderen Vorteil der Bank führen, der nicht nur aus der Deckung eigener Forderungen, sondern auch in dem Interesse an bestimmten Geschäften mit einem Kunden [3] bestehen kann, kann sie sich nicht auf ihre Freizeichnung berufen [4]. Dieses Freizeichnungsverbot gilt selbst dann, wenn die Auskunft

---

1) Sichtermann, a.a.O., S. 335
2) BGHZ 13, S. 198 ff, 201 f; BGH v. 5.Januar 1955, WM 1955, S.230 ff, 234; BGH v. 2.Februar 1970, WM 1970, S.632 f, 633
3) BGH v. 6. März 1972, NJW 1972, S. 1200 ff, 1202
4) BGH v. 6. Juli 1970, Betrieb 1970, S.1631 f, 1632 m.w.N.; BGH v. 28. Januar 1974, WM 1974, S. 272 ff, 272

nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig erteilt wurde und einen nicht vorhersehbaren Vorteil bei dem auskunftgebenden Institut bewirkte [1].
Andererseits kann ein Kunde sich nicht auf die Unwirksamkeit der Freizeichnungsklausel berufen, wenn die bei ihm einen Schaden, bei der Bank jedoch einen Vorteil bewirkende Auskunft von einem ganz offensichtlich nicht zur Auskunfterteilung befugten Bankbediensteten, etwa einem Boten oder einem Auszubildenden, erteilt wurde [2]. Zumindest wird er je nach Lage des Einzelfalls wegen Mitverschuldens gemäß § 254 BGB einen Teil des entstandenen Schadens selbst tragen müssen, wobei der Umstand, daß er im Zweifelsfall eine Bestätigung der gegebenen Auskunft von anderer Stelle der Bank einzuholen versäumte, zu seinen Ungunsten wirkt.

3.42 Scheckauskünfte

Trotz des regelmäßig nicht ausdrücklich geäußerten Willens zum Abschluß eines Auskunftsvertrages ist davon auszugehen, daß Banken untereinander wegen der auf Gegenseitigkeit beruhenden besonderen Abhängigkeit von der Richtigkeit und Zuverlässigkeit der erteilten Scheckbestätigung stillschweigend ein sie verpflichtendes Rechtsverhältnis begründen wollen. Das geht jedoch entgegen der Ansicht der Rechtsprechung nicht in jedem Fall soweit, daß die auskunftgebende Bank gegenüber dem in der Regel fernmündlich anfragenden Institut, dem die Kenntnis vom Bestehen einer Freizeichnung bei seiner Gegenpartei nicht abgesprochen werden kann, unbedingt auf jede Haftungsbeschränkung verzichten will [3].
Hier bedarf es einer genaueren Differenzierung. Es ist zwar richtig, daß die Stelle, der ein Scheck zur Auszahlung oder zur e.v.-Gutschrift mit sofortigem Verfügungsrecht vorgelegt wird, ein starkes Interesse an einer sicheren Bestätigung

---

1) BGH v. 7. Juni 1956, WM 1956, S.1056 ff, 1058
2) Schütz, a.a.O., S.205
3) so aber BGH v. 29. November 1967, NJW 1968, S.588 ff, 589 f = JZ 1968, S.469 ff, 471 = BGHZ 49, S.167 ff, 173

dessen Bezahlung durch die bezogene Bank hat und daß letztere dies auch mit weitestgehender Sicherheit zusagen will, zumal die Auskünft für die anfragende Bank sonst wertlos wäre; jedoch können durch Umstände des Einzelfalls in der Auskunft des bezogenen Instituts Unsicherheitsfaktoren enthalten sein, die ihm nach Treu und Glauben nicht angelastet werden können und für deren Folgen es im Rahmen der für rechtswirksam erklärten Freizeichnung nach Nr.10 AGB nicht aufzukommen hat. Nun meint auch der Bundesgerichtshof, daß die verbindliche Einlösungszusage der bezogenen Bank sich nur auf den Zeitpunkt bezieht, zu dem die Anfrage erfolgte, wobei von dem befragten Institut allerdings vor Abgabe der positiven Erklärung alle verfügbaren Geschäftsbelege zu berücksichtigen seien und besondere Nachforschungen im Hause angestellt werden müßten, um über alle den augenblicklichen Kontostand des Kunden mindernden Belastungen Klarheit zu bekommen [1]. Dieses vorgeschlagene Verfahren, das bei kleineren Geldinstituten durchaus noch zumutbar sein kann, läßt auf größere Banken bezogen die Praxisnähe vermissen. Durch den heute in Bankgeschäften herrschenden Massenverkehr, der schon in mittleren Bankfilialen täglich zu etlichen tausend Buchungen führt, ist es dem die Scheckbestätigung erteilenden Kontodisponenten oftmals aus technischen Gründen nicht mehr möglich, noch am Tage der Scheckanfrage sich einen Überblick der auf das betreffende Konto zukommenden Belastungen zu verschaffen, mit anderen Worten: Die Haftungsfreizeichnung muß trotz des Sicherheitsbedürfnisses des anfragenden Institutes zumindest dann durchgreifen, wenn für das befragte Institut eine Möglichkeit, zu absolut sicheren Ergebnissen seiner Nachforschungen zu gelangen, nicht besteht.

Um jedoch dem anfragenden Institut Klarheit darüber zu geben, ob es einer ihm gegebenen Scheckbestätigung sicher vertrauen kann oder ob die Auskunft mit Unsicherheitsfaktoren

---

1) BGHZ 49, S.167 ff, 169; BGHZ 61, S.176 ff, 177

behaftet ist, und um dadurch gleichzeitig sich zur Vollhaftung oder zur Freizeichnung zu bekennen, muß von dem bezogenen Kreditinstitut verlangt werden, der Auskunft bei gewünschter Haftungsbeschränkung einen Vorbehaltszusatz beizufügen. Die in der Praxis heute überwiegend gebräuchliche Erklärung "Auskunft unter üblichem Vorbehalt" ist dafür als ausreichend anzusehen [1].

Bemerkenswert erscheint, daß der BGH trotz grundsätzlichen Festhaltens an der obengenannten Rechtsprechung die Belastung der Kreditinstitute durch den Massenverkehr dort in seine Überlegungen mit einbezogen zu haben scheint, wo es um Folgepflichten aus erteilten Scheckbestätigungen geht [2]. So bestätigt er den auskunfterteilenden Banken, daß sie sich grundsätzlich keiner Obliegenheitsverletzung schuldig machen, wenn sie nach abgegebener positiver Scheckauskunft plötzlich und unvorhersehbar auftauchende Umstände, die eine Honorierung vereiteln, nicht an die anfragende Stelle weitergeben. Wenn diese Regel eine Ausnahme für den Fall erfahren soll, daß ein besonders hoher Scheckbetrag angefragt wurde oder die gesamte wirtschaftliche Lage des Scheckausstellers überraschend in eine kritische Phase gerät, so ist dem ebenfalls zuzustimmen, wobei in solchen Fällen wegen der besonderen Verpflichtung aus § 242 BGB kein Unterschied gemacht werden kann, ob die vorausgegangene Scheckauskunft mit oder ohne Vorbehalt erteilt wurde.

3.43 "Börsentips" und andere Ratschläge

Die hier zu besprechende Auskunftsart umfaßt Empfehlung und Ratschlag im jeweils eigentlichen Sinn des Wortes, die nicht nur gelegentlich eines unverbindlichen Gesprächs, sondern

---

1) ebenso Hellner, Scheckbestätigung zwischen Kreditinstituten, Bank-B 1968, S.393, unter Bezugnahme auf die Juristenkonferenz der Spitzenverbände des Kreditgewerbes; Beuthien, Anm. zu BGH v. 29. November 1967, JZ 1968, S.472 f; Wolff, Die Scheckanfrage, Sparkasse 1973, S.341; a.A. BGH v. 29. November 1967, a.a.O.

2) BGHZ 61, S.176 ff, 178 f

die den Kunden gegenüber im Zusammenhang mit typischen Bankgeschäften gegeben werden [1]. Es werden in diesem Bereich nur in seltenen Fällen selbständige Auskunftsverträge - auch als subalterne Verträge zu einem vorrangigen Bankgrundvertrag - geschlossen, vielmehr gehören die von Kundenseite erbetenen Ratschläge überwiegend zu den Nebenpflichten aus banktypischen Unterverträgen wie etwa einem Wertpapierkommissionsvertrag, einem Darlehensvertrag oder einem ähnlichen Rechtsgeschäft. In diesem Bereich sind zur Wirksamkeit der Klausel Nr.10 AGB kaum Besonderheiten zu verzeichnen, einzig die Frage der unzulässigen Rechtsausübung taucht auch hier verstärkt auf. So ist die Anwendung der Freizeichnung gegenüber einem Kunden unzulässig, wenn die Bank den Kunden fahrlässig oder vorsätzlich durch eine Empfehlung zu einer Handlung bewegt, die für ihn schadensrelevant ist, der Bank jedoch über ihre gewöhnlichen Provisionen hinausgehende, besonders hervorstechende Vermögensvorteile verschafft [2]. Ein solcher Fall kann beispielsweise darin liegen, daß ein Kreditinstitut einem Kunden zum Kauf von Wertpapieren rät, die es in eigenem Bestand hält und von denen es aufgrund Insider-Informationen von einem bevorstehenden Kursverfall weiß.

Natürlich unterliegt nicht jede Art von Wertpapierempfehlungen einer derartigen Haftpflicht der Banken. Reine "Börsentips" gehören nicht einmal zu den vertraglichen Leistungen eines wie auch immer gearteten Bankvertrages. Wegen der mit der Börsenkursgestaltung verbundenen Unwägbarkeiten ist für jeden verständigen, am Geschäftsverkehr mit Banken teilnehmenden Menschen erkennbar, daß für solche Empfehlungen die Bank auch nicht stillschweigend eine Verpflichtung eingehen will und kann [3].

Zum Schluß dieser Besprechung der drei Arten bankmäßiger Auskünfte, der Solvenzauskunft, der Scheckbestätigung und der bankgeschäftlichen Raterteilung läßt sich feststellen,

---

1) Schinnerer, Bankverträge, Teil 1, S.42 f
2) BGH v. 18. Juni 1971, WM 1971, S.987 ff, 989 = Betrieb 1971, S.1904 f, 1905
3) BGH v. 18. Juni 1971, a.a.O.

daß die Rechtswirksamkeit der Freizeichnungsklausel Nr.10 AGB trotz gleichen Fundamentes für die verschiedenen Beratungsformen der Kreditinstitute durchaus unterschiedlich zu beurteilen ist. Die herausgefilterten Unterschiede zwischen der bankgewollten und der rechtlich möglichen Freizeichnung beruhen jedoch weniger auf einer dem Inhalt der Klausel nach zu weit gehenden Risikoabwälzung auf den Kunden, sondern überwiegend auf vorwerfbarem Handeln der Banken in Einzelfällen.
Die voranstehende grundsätzliche Beurteilung der besprochenen Klausel läßt jedoch noch einige Nebenfragen offen, die in den folgenden Abschnitten zur Erörterung anstehen.

3.5 Bedeutung der schriftlichen Bestätigung

Gemäß Nr.10 S.2 AGB soll ein Bankkunde sich nur auf die schriftliche Bestätigung stützen dürfen, wenn ihm gegenüber innerhalb einer von ihm erbetenen Solvenzauskunft mündliche Aussagen über die Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit der angefragten Person gemacht wurden. Die objektive Auslegung dieses Satzes im Zusammenhang mit dem Inhalt der restlichen Klausel bestätigt die oben getroffene Feststellung, daß die Banken - jedenfalls was ihre Haftung für verfassungsmäßig berufene Vertreter und leitende Angestellte angeht - sich nicht nur für deren vorsätzlich falsche Auskunftserteilung verpflichten wollen, sondern auch darüberhinaus zumindest für deren grob-fahrlässiges Handeln einstehen wollen; anderenfalls nämlich wäre eine derartige Unterscheidung zwischen schriftlicher und mündlicher Auskunfterteilung wegen § 276 Abs.2 BGB überflüssig.
Grundsätzlich ist der Vorbehalt schriftlicher Bestätigung mündlich erteilter Solvenzauskünfte - nur diese werden von Satz 2 der Klausel erfaßt, nicht dagegen Scheckbestätigungen [1] - verständlich und interessengerecht. In nicht wenigen

---

1) BGHZ 49, S.167 ff, 170 f

Fällen werden nämlich den Banken von Seiten ihrer Kunden solche Anfragen vorgelegt - beispielsweise über die Kreditwürdigkeit eines Dritten, der eine Warenlieferung des Kunden durch Wechselakzept begleichen will -, in denen der Kunde auf sofortige Beantwortung drängt. Die in seinem Interesse gegebene mündliche Auskunft muß der Bank erlaubt sein, zur Vermeidung einer Haftung schriftlich zu präzisieren [1]. Allerdings ist zur Begrenzung eines eventuell entstehenden Schadens bei dem Anfragenden die schriftliche Bestätigung unverzüglich zu erstellen [2]; das gilt besonders, wenn weitere Recherchen zu einer ungünstigeren Beurteilung des Dritten führen. Unter Umständen kann die Bank in diesem Fall sogar verpflichtet sein, sich zur Benachrichtigung ihres Kunden der zur Verfügung stehenden Eilmittel zu bedienen.

Eine mündliche Erklärung über wirtschaftliche Verhältnisse eines Dritten ist jedoch nicht in jedem Fall für die sie abgebende Bank unverbindlich [3]. Besonders dann, wenn ein Kreditinstitut in Gestalt seiner Repräsentanten von sich aus an einen vermögenden Kunden herantritt, ihm eine Einlage in eine Gesellschaft empfiehlt und ihn mündlich über deren Kreditwürdigkeit unterrichtet [4], würde ein Verlangen nach schriftlicher Bestätigung dieser Auskunft als Haftungsvoraussetzung Treu und Glauben widersprechen.

Je nach Fallgestaltung im Einzelnen kann der Kunde auch dann, wenn für eine mündlich erteilte Auskunft die Bank sich nicht freizeichnen kann, ihm jedoch aufgrund des Inhalts der Bankauskunft Zweifel an deren Richtigkeit kommen mußten, zur Einholung einer schriftlichen Bestätigung verpflichtet sein. Nimmt er diese Pflicht zur Minderung beziehungsweise Vermeidung eines Schadens nicht wahr, kann die Bank seiner Ersatzforderung den Einwand des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB entgegensetzen [5].

---

1) Schütz, a.a.O., S.204 f
2) BGH v. 7. Juni 1956, WM 1956, S.1056 ff, 1057
3) BGH v. 2. Februar 1970, WM 1970, S.632 ff, 633; BGH v. 6. März 1972, NJW 1972, S.1200 ff, 1201
4) BGH v. 7. Juni 1956, WM 1956, S.1056 ff, 1056
5) Baumbach-Duden, Anh.II zu § 406, Anm. zu Nr.10 AGB

3.6 Haftung gegenüber dem Kunden, über den eine Auskunft erteilt wird

Es darf nicht übersehen werden, daß Kreditinstitute dadurch, daß sie Tatsachen oder Werturteile über die wirtschaftliche Lage eines ihrer Kunden anderen Kunden offenbaren, in eine Zwangslage geraten können. Dem Kunden gegenüber, über den die Auskunft verlangt wird, sind die Institute unter Außerachtlassung der Freizeichnung nach Nr. 10 AGB, die in diese Richtung nicht wirkt [1], zum Schadenersatz wegen Verletzung von Vertragspflichten oder aus unerlaubter Handlung, dabei insbesondere gemäß § 824 BGB, verpflichtet, wenn sie etwa eine Auskunft über ihn unrichtig oder entgegen dem als Nebenpflicht des Bankvertrages [2] zu bewahrenden Bankgeheimnis zu weit fassen, wenn sie einen Widerruf der ihnen mit Abschluß des Bankvertrages stillschweigend erteilten Erlaubnis zur Auskunfterteilung nicht beachten oder umgekehrt eine ihnen mögliche, günstige Auskunft nicht an den Anfragenden weitergeben und aus diesen schuldhaft begangenen Versäumnissen dem Kunden ein Schaden erwächst. Da dieser Haftung auf der anderen Seite die Haftung für unrichtig an den Empfänger übergebene Auskünfte entgegensteht, ist für die Banken besondere Vorsicht bei der Abfassung der Auskünfte angeraten. Aus dieser Notwendigkeit heraus hat sich eine besondere Sprache für Bankauskünfte entwickelt, die, ohne Vokabeln mit besonders negativem oder positivem Sinn auskommend, dem Kenner weitgehende Informationen zu vermitteln in der Lage ist [3].
Wenn im Einzelfall die einem Kreditinstitut zur Verfügung stehenden Mittel nicht ausreichen, um eine in die eine oder die andere Richtung gehende Haftung zu vermeiden, kann sich die Notwendigkeit ergeben, die Auskunftserteilung abzulehnen [4]. Auch bei einem solchen Entschluß muß jedoch in Erwägung

---

1) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., a.a.O., S. 513
2) Liesecke, Das Bankguthaben ...., a.a.O., S. 247
3) Beispiel für eine Auskunft der negativen Kategorie : Wir stehen mit der angefragten Firma erst seit 10 Monaten in Geschäftsverbindung. Der Zahlungsverkehr wird nur auf Guthabenbasis abgewickelt. In letzter Zeit verzeichnen wir mit zunehmender Tendenz die Inanspruchnahme von Lieferantenkrediten. Auch die Zahl der Auskunftsanfragen hat sich merklich erhöht.
4) RGZ 139, S. 103 ff, 106

gezogen werden, daß die Verweigerung aus Sicht des Auskunftsempfängers schon zu der Annahme führen kann, die Kreditwürdigkeit des Angefragten unterliege irgendwelchen Zweifeln [1]. Ein dem Kunden, um dessen Beurteilung gebeten wurde, daraus erwachsender Schaden geht unter Umständen wiederum zu Lasten der Bank.

3.7 Unterlassung von Auskünften

Der letzte Halbsatz der Klausel Nr.10 AGB, demzufolge die Banken für unterlassene Auskunfts- und Raterteilung keine Haftung übernehmen wollen, wurde erstmals in die Neufassung 1969 aufgenommen [2]. Der Grund für eine derartige Erweiterung der Freizeichnung ist wohl darin zu sehen, daß die Rechtsprechung den Kreditinstituten in zahlreichen Fällen, für die noch die AGB alter Fassung Geltung hatten, eine Verletzung ihrer kaufmännischen Sorgfaltspflichten bescheinigte, wenn sie die Kunden bei mit ihnen getätigten Geschäften nicht von sich aus auf darin enthaltene Risiken aufmerksam machten [3]. Indessen wird auch der Zusatz zu Nr.10 AGB die Haftung einer Bank dann nicht schmälern, wenn sie ausdrücklich zum Tätigwerden von sich aus in einem Vertrag verpflichtet wurde [4] - beispielsweise aus einem unbefristeten Anlageberatungsvertrag, wie er mit Versicherungen, Fondsverwaltungen und anderen Kapitalhaltern zum Teil besteht - oder wenn sich die Auskunftserteilungspflicht als selbständige Nebenpflicht eines anderen Bankvertrages darstellt, wie sie sich etwa in einem Lastschrifteneinzugsvertrag bezüglich der Beratung über formelle Erfordernisse für die Weiterbearbeitung durch die Deutsche Bundesbank ergeben kann [5]. Auch eine Beratung, für deren Folgen eine Bank an sich

---

1) Barchewitz-Nielsen, a.a.O., S.44; Vallenthin, a.a.O., S.58
2) S. Consbruch, Revidierte "Allgemeine Geschäftsbedingungen" im Kreditgewerbe, BB 1969, S.10
3) Die durch die Neufassung der Klausel nur noch bedingt zur Beurteilung heranziehbare Rspr. s. bei Baumbach-Duden, Anh.I zu § 406 Anm.1 F
4) Räbel, Die neuen AGB ...., ZKW 1969, S.63
5) Ebenso Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.512

rechtswirksam freigezeichnet wäre, kann eine Haftung nach sich ziehen, wenn sie schuldhaft unvollständig erteilt wurde und gerade wegen der Weglassung dem Kunden ein Nachteil entsteht [1]. Eine solche Rechtslage kann dort angenommen werden, wo bei Bank in einer positiven Auskunft dem Ratsuchenden Faktoren vorenthalten hat, die die aufgrund der Auskunft von dem Kunden getroffene Entscheidung aller Wahrscheinlichkeit nach anders hätte ausfallen lassen oder ihm doch zumindest Anlaß gegeben hätte, die Klärung zweifelhafter Umstände durch Beschaffung weiterer Informationen zu bewirken [2].

3.8 Beweislastverteilung

Soll für den aufgrund einer unrichtigen Auskunft- oder Raterteilung bei einem Kunden entstandenen Schaden die Bank haftbar gemacht werden, muß grundsätzlich derjenige den Nachweis für ein Verschulden der Bank bei Abfassung der Auskunft erbringen, der die Schadenersatzansprüche geltend machen will. Diese Beweisregel unterscheidet sich deshalb von der an anderer Stelle geforderten Entlastungspflicht der Banken [3], weil es hier zum Nachweis eines Verschuldens der Bank regelmäßig keines Einblicks in deren internen Geschäftsbetrieb bedarf, wie er dem Kunden wegen § 242 BGB nicht zugemutet werden kann. Der Beweis des Auskunftsempfängers muß sich darauf richten, ob die Bank beziehungsweise die für sie sprechende Person die zu beachtende kaufmännische Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt hat; ein Anscheinsbeweis, der allein die objektive Unrichtigkeit der übermittelten Information feststellt, genügt dabei nicht [4].

Umgekehrt liegt die Beweislast bei dem Kreditinstitut in dem

---

1) Hellner, Neufassung der AGB, Bank-B 1969, S.11
2) BGH v. 18. Januar 1973, Betrieb 1973, S.717 f, 718 = NJW 1973, S.456 ff, 457
3) s.o. 2.44, S.66f; 2.7, S.75 f
4) BGH v. 5. November 1956, WM 1956, S.1584 ff, 1585

Fall, in dem eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verhaltensweise bei Abgabe der Auskunft bereits sicher feststeht, die Frage jedoch noch der Beantwortung bedarf, ob ein Repräsentant oder ein nicht-vertretungsberechtigter Angestellter die falsche Auskunft bewirkte [1]. Da die Bank trotz Verschuldens sich auf die Freizeichnung beruft, muß sie deren Berechtigung auch nachweisen.

3.9 Zusammenfassung

Die vorstehenden Erörterungen bestätigen der Klausel Nr.10 AGB grundsätzlich die Rechtswirksamkeit. Die Bestimmung wirkt jedoch wegen ihrer ungenauen Wortwahl sehr weitgehend; erst nach genauerer Analyse besonders des zweiten Satzes kann festgestellt werden, daß die Aufsteller nicht nur an eine Haftungsübernahme für Vorsatz ihrer Repräsentanten dachten, sondern sich einer weitergehenden Haftung, wie sie von der Rechtsprechung auch überwiegend richtig ihnen zuerkannt wurde, durchaus stellen wollten. Die Banken haften demnach für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ihrer verfassungsmäßigen Vertreter sowie ihrer leitenden Angestellten bei Abfassung einer Auskunft voll, darüberhinaus können sie sich, auch im Bereich der Scheckbestätigung, freizeichnen.

---

1) BGH v. 6. März 1972, NJW 1972, S.1200 ff, 1201 f

4. Keine Übernahme besonderer Fürsorgemaßnahmen

Durch die in den Unterabschnitten dieses Kapitels zu besprechenden AGB-Bestimmungen beabsichtigen die Banken, sich der Verantwortung für die Einhaltung von Nebenpflichten, die sich aus § 242 BGB oder darüberhinaus aus ihrer kaufmännischen Sorgfaltspflicht ergeben könnten, zu entledigen. Diese neben der Leistungserfüllungspflicht des jeweiligen Bankvertrages stehenden " weiteren Verhaltenspflichten " [1] umfassen Verwaltungs- und Überwachungsmaßnahmen, die sich insbesondere auf die Werterhaltung von Gegenständen richten, die der Bank zur Verwahrung oder zu Sicherungszwecken übergeben wurden.

4.1 Nr. 11 AGB - Keine Verpflichtung der Bank zur Übernahme bestimmter, einen Bankvertrag flankierenden Nebenpflichten

> Mangels einer ausdrücklichen und schriftlichen abweichenden Vereinbarung übernimmt die Bank keine anderen als die in diesen Geschäftsbedingungen erwähnten Verwaltungspflichten, insbesondere nicht die Unterrichtung der Kunden über drohende Kursverluste, über den Wert oder die Wertlosigkeit anvertrauter Gegenstände oder über Umstände, die den Wert dieser Gegenstände beeinträchtigen oder gefährden könnten. [2]

Wenn die Banken mit dieser Bestimmung sich sämtlicher "Verwaltungspflichten", sprich vertraglicher Nebenpflichten, entledigen wollen, soweit diese nicht ausdrücklich in den AGB übernommen wurden, so kann das freilich nicht hingenommen werden. Ausdrücklich erbieten die AGB-Verwender sich in diesen Regulativen nämlich nur in wenigen Punkten, so etwa in Nr. 5 Abs. 1 AGB zur sorfältigen Prüfung von Urkunden oder in Nr. 39 AGB zur Beachtung bestimmter Meldungen von Wertpapieremittenten, den an einen Bankvertrag gekoppelten

---

1) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, AT § 2 I
2) =Nr. 8 AGB-Sp

Nebenpflichten nachzukommen . Nun betätigt sich eine Universalbank aber auch noch in anderen Geschäftszweigen als gerade in denen, denen die ausdrücklich in den AGB übernommenen Verhaltenspflichten zuzurechnen sind. Schon aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB wird es den Kreditinstituten jedoch nicht möglich sein, die Erfüllung der für diese Geschäftszweige typischen Nebenpflichten gänzlich auszuschließen, zumal der durchschnittliche Kunde, der zwar nach der Verkehrsübung die AGB ohne ausdrückliches Anerkenntnis akzeptiert, mit einer solchen Klausel nicht rechnen kann. Darüberhinaus gebietet es auch die in der Präambel der AGB besonders herausgestellte Sorgfaltspflicht des ordentlichen Kaufmanns, daß ein Geldinstitut wenigstens die selbstständigen Nebenpflichten des jeweiligen Bankvertrages wahrnimmt. Dieser Ansicht ist auch der Bundesgerichtshof [1], wenn er feststellt, daß ein Kreditistitut keineswegs von der aus einem Bankvertrag als Nebenpflicht resultierenden Beratungspflicht durch Nr. 11 AGB entbunden ist.

Demnach kann sich eine Bank durch die Klausel nur von der Beachtung solcher "Verwaltungspflichten" befreien, die als unselbständige Nebenpflichten den mit ihren Kunden abgeschlossenen Rechtsverhältnissen folgen. In diesem Sinne läßt sich die Bestimmung auch auslegen, wenn man die im 2. Halbsatz enthaltenen Beispiele als charakterisierend für den Begriff "Verwaltungspflichten" auffaßt. Der sich somit ergebende Rahmen der Freizeichnung ist der Interessenlage zwischen Banken und ihrer Kundschaft durchaus angemessen : Wenn ein Geldinstitut danach dem Kunden die Aufbewahrung von Wertgegenständen abnimmt, so haftet es selbstverständlich für sicheren Verschluß und gewissenhaften Umgang mit diesen Gegenständen; zur Beachtung des Markt- oder Börsenpreises des Aufbewahrungsgutes und zur Benachrichtigung des Kunden bei dessen Verfall kann es jedoch nicht verpflichtet werden, allein schon deshalb, weil das Risiko aus einer solchen Nebenpflicht das bei bankmäßiger Verwahrung geringe Risiko der Hauptpflicht unter Umständen weit übersteigen kann. Auch der übermäßig große Personalaufwand, den die Übernahme einer solchen Verwaltungspflicht erfordern würde, steht in keinem Verhältnis zu der zu erbringenden Hauptleistung. Der Kunde ist für die Beachtung dieser Umstände also

1) BGH v. 16. April 1964, BB 1964, S. 619 f, 620

selbst verantwortlich, oder er muß sein Geldinstitut mit einer Vermögensverwaltung beauftragen, die dessen Werterhaltung umfaßt.

4.2 Nr.37, Nr.38, Nr.39 AGB - Keine Verpflichtung zur Anlageberatung oder zur Wiederanlage des in Effekten angelegten Kapitals

Nr.37 AGB

(1) Mangels besonderer Weisung des Kunden sorgt die Bank für Trennung der fälligen Zins- und Gewinnanteilscheine und zieht deren Gegenwert ein oder verwertet sie. Neue Zins- und Gewinnanteilscheinbogen erhebt die Bank ohne besonderen Auftrag für alle Wertpapiere, deren Zins- und Gewinnanteilscheine regelmäßig getrennt werden.
(2) Verlosungen und Kündigungen überwacht die Bank, soweit Bekanntmachungen hierüber in den "Wertpapier-Mitteilungen" (Köln) erscheinen und die Bank die Papiere verwahrt. Pfandbriefe und Schuldverschreibungen werden ohne besondere Weisung des Kunden eingelöst; die Einlösung und Verwertung von Wertpapieren anderer Art darf die Bank mangels besonderer Weisung des Kunden nach ihrem Ermessen vornehmen.
(3) Zins- und Gewinnanteilscheine zu Wertpapieren, die auf ausländische Währung lauten, sowie verloste oder gekündigte Wertpapiere, die auf ausländische Währung lauten, und die Gegenwerte darf die Bank mangels anderer Weisung für Rechnung des Kunden bestens verwerten.
(4) Der Gegenwert von Zins- und Gewinnanteilscheinen sowie verlosten und gekündigten Wertpapieren jeder Art wird vorbehaltlich des Eingangs gutgeschrieben.

Nr.38 AGB

Ob Wertpapiere durch Aufgebote, Zahlungssperren u. dgl. betroffen werden, wird nur einmalig nach ihrer Einlieferung an Hand der "Wertpapier-Mitteilungen" geprüft.

Nr.39 AGB

Bei Konvertierungen, Ausübung oder Verwertung von Bezugsrechten, Aufforderungen zu Einzahlungen, bei Fusionen, Sanierungen, Zusammenlegungen, Umstellungen, Umtauschangeboten wird die Bank, wenn hierüber eine Bekanntmachung in den "Wertpapier-Mitteilungen" erschienen ist, den Kunden zu benachrichtigen suchen.

> Die Bank erwartet die besondere Weisung des Kunden; sollte diese nicht rechtzeitig eintreffen, so wird die Bank nach ihrem besten Ermessen handeln, insbesondere darf sie Bezugsrechte bestens verkaufen, sofern sie bis zu dem der letzten Notiz des Bezugsrechtes vorhergehenden Börsentag keine anderweitige Weisung des Kunden erhalten hat. Eine Haftung für die Ausübung oder Verwertung von Bezugsrechten, die Leistung von Einzahlungen auf nicht vollbezahlte Wertpapiere und von Zubußen auf Kuxe, für die Einreichung von Konvertierungen und Zusammenlegungen sowie für sonstige Maßnahmen trifft die Bank nur, wenn der Kunde rechtzeitig einen entsprechenden Auftrag erteilt hat. [1]

Die Bestimmungen der Nr.37 bis 39 AGB konkretisieren die im vorhergehenden Abschnitt besprochene Klausel Nr.11 AGB für den Bereich des Wertpapierverwahrungsgeschäfts. Es werden darin neben der in § 688 BGB normierten Hauptleistungspflicht der Verwahrung von Wertpapieren ausdrücklich noch verschiedene andere Pflichten übernommen, die nicht unbedingt Nebenpflicht des Verwahrungsvertrages sind, sondern - wie etwa die Pflicht zum Einzug fälliger Coupons - eine selbständige Hauptpflicht eines mit dem Verwahrungsvertrag verbundenen Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 BGB in Verbindung mit § 611 BGB darstellen [2]. Die Unterrichtung des Kunden über den Wert der sich im Depot der Bank oder eines Drittverwahrers befindlichen Wertpapiere resultiert dagegen weder als Hauptpflicht aus einem mit dem Verwahrungsvertrag vermischten Geschäftsbesorgungsvertrag, denn zu deren Beachtung haben sich die Banken in ihren Geschäftsbedingungen nicht bekannt [3], noch als selbständige Nebenpflicht aus dem Verwahrungsgeschäft [4]. Wenn dem entgegen das Reichsgericht [5] in einer Entscheidung äußerte, es gehöre zu den Grundpflichten des gewöhnlichen Verwahrungsvertrages, dem Hinterleger von Wertpapieren Mitteilung über die Gefährdung des in den Papieren verkörperten Wertes zu machen, so kann

---

1) =Nr.41 - 45 AGB-Sp
2) Schönle, a.a.O., § 20 III 1, S.265
3) s. Koch, a.a.O., S.17 Anm.32
4) s.o. 4.1, S.119 ff
5) RG v. 28. Juli 1936, Bank A 1936, S.103 ff, 106

das wohl für den dort zugrundeliegenden Fall gelten, weil darin die Bank aus dem Verkauf teileingezahlter Aktien an ihren Kunden erhebliche eigene Vorteile gezogen hatte (einseitige Interessenwahrnehmung entgegen § 242 BGB), jedoch ist diesem Urteil die grundsätzliche Leitfunktion zur Bewertung aller bankmäßigen Wertpapierverwahrungsverträge zu versagen. Die Erhaltung und Sicherung des in Wertpapieren investierten Wertes kann nicht Aufgabe des Verwahrers sein, sie ist vielmehr besondere Leistungspflicht aus einem von dem Kunden abzuschließenden Vermögensverwaltungsvertrag [1].

4.21 Sonderhinweise zu Nr.37 AGB

Die durch Nr.37 AGB von den Banken übernommenen Obliegenheiten zur Trennung der fälligen Zins- und Gewinnanteilscheine der verwahrten Papiere und zu deren Verwertung für Rechnung des Kunden sowie zur Überwachung von Verlosungen und Kündigungen bleiben grundsätzlich auch dann wirksam, wenn die Papiere bei Drittverwahrern hinterlegt werden [2]. Wenn durch Nr.37 Abs.2 AGB diese Verpflichtung bezüglich der zur Einlösung anstehenden Papiere dahingehend eingeschränkt wird, daß sie nur besteht, wenn die Papiere bei der Bank selbst hinterlegt sind, so kann das nur bedingt anerkannt werden. Da die Banken sich nämlich der Wertpapiersammelbanken als Drittverwahrer überwiegend wegen der damit verbundenen Vereinfachung der Wertpapierhinterlegung aus Eigeninteresse bedienen, sind sie auch nach § 242 BGB verpflichtet, den Kunden dort die gleichen Rechte zu sichern, die diese dem Erstverwahrer gegenüber hätten [3]. Sie müssen also mit der Wertpapiersammelbank vertraglich vereinbaren, daß von dieser Verlosungen und Kündigungen überwacht werden. Für deren Nichtbeachtung müssen die Banken grundsätzlich

---

1) s.a. Anm. N.N. zu RG v. 28. Juli 1936, Bank A 1936, S.107
2) LG Hannover, Beschluß v. 7. November 1962, WM 1963, S.772
3) vgl. Hagenmüller, Bankbetrieb Bd.II, S.247; a.A.: Schütz, a.a.O., S.39, Anm.3 zu Nr.37; Canaris in RGR-Komm., 3. Aufl., Anhang zu § 357, Anm.1005

einstehen, können jedoch im Fall entsprechender vertraglicher Vereinbarungen gemäß Nr.9 Abs.1 AGB ihre Ansprüche dem Dritten gegenüber dem Kunden abtreten.

4.22 Sonderhinweise zu Nr.38 AGB

Von der Bestimmung in Nr.38 AGB, derzufolge die Bank sich verpflichtet, einmalig zu prüfen, ob bei ihr hinterlegte Wertpapiere aufgeboten oder zur Zahlung gesperrt worden sind, werden im wesentlichen Aktien betroffen, die entweder gemäß § 64 AktG kaduziert oder für verlustig erklärt wurden oder gemäß §§ 72 f beziehungsweise § 226 AktG für kraftlos erklärt wurden. Ebenfalls fallen hierunter Auslandsbonds, die gemäß §§ 15, 50 Bereinigungsgesetz für deutsche Auslandsbonds aufgeboten oder für kraftlos erklärt wurden.

Wenn die AGB-Verwender nur für einmalige Prüfung haften wollen, kann dagegen ein Einwand nicht erhoben werden. Bei der unübersehbar großen Zahl der in ihren Depots lagernden Papiere würde ein nicht zu vertretender Aufwand entstehen, würde man fordern, daß eine solche Kontrolle bei jeder Veröffentlichung von Aufgeboten und Zahlungssperren wiederholt würde. Eventuell kann sich jedoch aus der Fortentwicklung der Datenverarbeitung eine solche Prüfungsmöglichkeit mit geringerem Einsatz ergeben. Eine häufigere Kontrolle kann schon deshalb notwendig sein, um Fälschungen eingelieferter Wertpapiere, über die eine Bekanntmachung erst nach Hinterlegung erscheint, feststellen zu können [1].
Im übrigen richtet sich die Haftung für unechte, der Bank zur Verwahrung eingelieferte Wertpapierurkunden nach Nr.5 AGB [2]. Den oben dazu gemachten Ausführungen kann speziell für die hier besprochenen Urkunden noch hinzugefügt werden, daß die Sorgfaltspflicht der Kreditinstitute bei Hereinnahme von effektiven Stücken der Papiere sich dann vergrößert,

---

1) Schütz, a.a.O., S.40, Anm.2 zu Nr.38
2) s.o. 2.41, S.60 ff

wenn sie diese im Auftrag des Kunden selbst beschafft haben und für ihn in dessen Depot legen. Etwa aufkommende Zweifel über die Echtheit der Stücke begründen auch hier eine weitere Nachforschungspflicht.

4.23 Sonderhinweise zu Nr.39 AGB

Bei anstehenden Veränderungen der aus den Gläubiger- oder Anteilspapieren eines Kunden resultierenden Rechte verpflichtet sich die Bank gemäß Nr.39 AGB, den Kunden zu benachrichtigen und seine Entscheidung einzuholen. Äußert er sich innerhalb einer gesetzten Frist nicht, will die Bank nach "bestem Ermessen" eine Entscheidung für ihn treffen. Diese Worte aus Satz 2 der Klausel verdeutlichen den Grundsatz, daß die Bank unter Abwägung der Gesichtspunkte des größten wirtschaftlichen Nutzens für den Kunden einerseits und dem geringsten Risiko wie auch der geringsten finanziellen Belastung andererseits für ihn handeln muß. Meistens wird der letzte Gesichtspunkt den Ausschlag geben; das bedeutet im Fall von Bezugsrechten deren Veräußerung; allein bei Gratisbezugsrechten wird die Hereinnahme junger Aktien in Frage kommen [1].

Es zeigt sich, daß die in den Klauseln Nr.37 - 39 AGB enthaltenen Freizeichnungen wirksam sind, soweit sie unselbständige Nebenpflichten des Wertpapierverwahrungsgeschäfts betreffen. Gleichzeitig übernehmen die Banken jedoch durch diese Bestimmungen neue, mit dem Verwahrungsgeschäft nur lose verbundene Hauptpflichten, die Geschäftsbesorgungsverträgen im Sinne von § 675 BGB in Verbindung mit § 611 BGB entwachsen.

---

1) So auch Schütz, a.a.O., S.40, Anm.1 zu Nr.39

4.3 Nr.19 Abs.6 AGB, Nr.21 Abs.2 AGB - Keine Haftung für Erhaltung und Sicherung der der Bank als Sicherheit übergebenen Sachen und Rechte

Nr.19 AGB

(6) Über die Erhaltung und Sicherung aller der Bank als Sicherheit dienenden Sachen und Rechte sowie über den Einzug der ihr haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden hat der Kunde selbst zu wachen und die Bank entsprechend zu unterrichten. [1]

Nr.21 AGB

(2) Die Bank darf die ihr als Pfand haftenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden schon vor Fälligkeit ihrer Forderung kündigen und einziehen. Der Kunde ist verpflichtet, auf Verlangen der Bank die Zahlung an die Bank auf seine Kosten zu betreiben. Beim Einzug darf die Bank ohne vorherige Befragung des Kunden alle Maßnahmen und Vereinbarungen mit den Drittschuldnern treffen, die sie zur Eintreibung von Forderungen für zweckmäßig hält, insbesondere Stundungen oder Nachlässe gewähren und Vergleiche abschließen. Eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die Bank nicht. [2]

Die Bestimmung aus Nr.19 Abs.6 AGB steht in enger Verwandtschaft zu der aus Nr.21 Abs.2 S.4 AGB. In beiden Klauseln schließen ihre Verwender eine Haftung für die wirtschaftliche und juristische Bestandssicherung der ihnen zur Sicherung ihrer Forderung an den Kunden übergebenen Sachen und Rechte aus.

Beide Klauseln sind wirksam, sofern die Bank ihrer Sorgfaltspflicht hinsichtlich der in Sicherheitsverwahrung genommenen Gegenstände nachkommt. Insbesondere hat sie ihr körperlich übergebene Sachen vor Verlust und Verderb zu schützen, so etwa die auf eigenen Namen eingelagerten Handelswaren eines Kreditnehmers. Werden zur Erhaltung solcher Waren besondere Vorkehrungen notwendig, die normalerweise nur einem mit der Materie der Pfandsache vertrauten Experten wie etwa dem

---

1) =Nr.19 Abs.4 AGB-Sp
2) =Nr.20 Abs.4 AGB-Sp

Sicherungsgeber bekannt sind, so muß er die Bank zur Beachtung einer solchen Behandlung anhalten [1].
Wenn also Nr.19 Abs.6 AGB grundsätzlich in dem Rahmen wirksam ist, daß der Kunde einen Wertverlust der seine Verbindlichkeiten der Bank gegenüber sichernden Gegenstände selbst tragen muß, sofern die Bank ihren üblichen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, so kann sich letztere auf eine Freizeichnung nicht berufen, wenn die Umstände des Einzelfalls besondere Anforderungen für die Bewahrung des Sicherungsgutes an sie stellten. Das ist beispielsweise in dem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 29. November 1971 [2] entschiedenen Rechtsstreit der Fall, in dem der Kreditnehmer mit dem Sicherungsgeber nicht identisch war, und der Bankkunde daher mangels rechtlicher und tatsächlicher Kontrollmöglichkeiten die Verminderung des Wertes des Sicherungseigentums der Bank nicht feststellen konnte. Da die Bank nach der Sachlage die Überprüfung ihres Sicherungseigentums nur selbst durchführen konnte, traf sie auch der entstandene Schaden.

Für an ein Kreditinstitut zur Sicherung eines Kredits abgetretene Forderungen haftet die Bank ebenfalls innerhalb der Grenzen ihrer Sorgfaltspflicht; darüberhinaus kann der Zedent gemäß Nr.21 Abs.2 S.4 AGB die Geltendmachung der Forderung durch die Bank gegenüber dem Schuldner - insbesondere bei drohendem Ablauf der Verjährungsfrist oder in ähnlichen Fällen - nicht verlangen [3]. Zur Vermeidung eines Rechtsverlustes muß sich der Zedent unter Umständen die Forderung im Austausch gegen eine andere Sicherheit rückübertragen lassen. Übernimmt hingegen die Bank den Einzug einer Forderung ihres Kunden, so muß sie das Verfahren entsprechend ihrer Sorgfaltspflicht unter Wahrung des Kundeninteresses durchführen [4], wobei dieses Kundeninteresse aus objektivem Blickwinkel im Verhältnis zur gegebenen Situation des Einzelfalls zu sehen ist. Die der Bank in Nr.21 Abs.2 S.3 AGB

---

1) Schütz, a.a.O., S.25, Anm.28 zu Nr.19
2) BGH v. 29. November 1971, WM 1972, S.72 ff, 73
3) OLG München v. 28. Februar 1964, WM 1964, S.777 f
4) BGH v. 1. März 1962, WM 1962, S.673 ff, 674

eingeräumten Konzession ist dagegen nicht so zu verstehen, daß sie mit dem Schuldner einen für ihren Kunden absolut unbilligen, der Sach- und Rechtslage nicht gerecht werdenden Vergleich schließen dürfte, nur um sich schnell wegen ihrer eigenen Forderungen gegen den Zedenten zu befriedigen. Ein derartiges Vorgehen würde nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Haftung der Bank entgegen der Klausel nach sich ziehen.

5. Sorgfaltspflichten des Kunden

Durch die Bestimmungen in Nr.15, 32 S.1 und 3 und 35 S.2 AGB einerseits und Nr.16, 32 S.2 und 3 und 35 S.2 AGB andererseits wird dem Bankkunden eine besondere Obliegenheit derart zuteil, daß er bestimmte, von seinem Kreditinstitut ihm zugehende Mitteilungen zu beachten und auf deren Richtigkeit zu überprüfen hat wie auch den zu erwartenden Eingang von Ausführungsbestätigungen zu überwachen und bei dessen Ausbleiben dem Absender gegenüber zu monieren hat. Die Außerachtlassung dieser ihm übertragenen Sorgfaltspflichten soll die Bank für die Folgen etwa von ihr begangener Fehler oder Unterlassungen freizeichnen.

5.1 Nr.15, Nr.32 S.1 und 3, Nr.35 S.2 AGB - Rechtzeitige Reklamation unrichtiger Mitteilungen der Bank

Nr.15 AGB

Erinnerungen gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen müssen der Bank schriftlich zugehen. Sie müssen binnen einer Ausschlußfrist von vierzehn Tagen seit Zugang des betreffenden Schriftstücks der Bank abgesandt werden. Erinnerungen gegen sonstige Abrechnungen und Anzeigen müssen unverzüglich erhoben werden. Die Unterlassung rechtzeitiger Erinnerung gilt als Genehmigung. [1]

Nr.32 AGB

Erinnerungen gegen Anzeigen über Ausführung von Börsengeschäften müssen sofort nach Zugang der Ausführungsanzeige telegrafisch oder fernschriftlich erhoben werden. ..... Andernfalls gelten die Abrechnungen, Anzeigen usw. oder die Nichtausführung als genehmigt. [2]

Nr.35 AGB

Soweit zulässig, führt die Bank Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Devisen und Werten als Kommissionär durch Selbsteintritt aus, ohne daß es einer ausdrücklichen

---

1) =Nr.10 Abs.1 AGB-Sp
2) =Nr.34 Abs.6 S.1 und 3 AGB-Sp

> Anzeige gem. § 405 des Handelsgesetzbuches bedarf. Die Bestimmungen der Ziffern 29 Abs. 3 und 4, 31 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 und 32 finden sinngemäße Anwendung, und zwar auch dann, wenn die Geschäfte im Eigenhandel getätigt werden. [1]

Wenn dem Kunden Rechnungsabschlüsse, Wertpapierbestandsverzeichnisse seiner Bank und sonstige Abrechnungen zugehen oder ihn Ausführungsanzeigen über Börsen- und Devisenorder erreichen, so ist er nach den oben angeführten Bestimmungen verpflichtet, diese zu prüfen und im Falle von deren Unrichtigkeit diese schriftlich zu beanstanden. Sein Schweigen soll einer Anerkennung der Bankmitteilungen gleichkommen.

Zunächst stellt sich die Frage, ob dem Schweigen einer Vertragspartei überhaupt eine derartige rechtsrelevante Wirkung zukommen kann. Grundsätzlich gilt im gesamten Vertragsrecht : "Wer schweigt, erklärt nichts" [2]. Dieser Grundsatz ist für Personen mit Kaufmannseigenschaft durch § 362 HGB durchbrochen, indem das Schweigen eines Kaufmanns auf den Antrag einer Partei, mit ihm einen gewerbetypischen Vertrag zu schließen, als dessen Zustimmung anzusehen ist. Im allgemeinen Zivilrecht dagegen fehlt eine Bestimmung, aufgrund derer dem Schweigen einer am Rechtsverkehr teilnehmenden Person die rechtsrelevante Erklärung eines Willens zuzumessen ist. Wenn aber auch nach dem gesetzten Recht das Schweigen keine Rechtserheblichkeit erfährt, so kann ihm doch durch Vertrag eine bestimmte Bedeutung zuerkannt werden [3]. Vertragsbedingungen des Bankvertrages sind unter anderem die hier zu besprechenden Klauseln Nr. 15, 32 und 35 AGB, nach denen der Kunde die Annahme eines Vertrages, der ein abstraktes Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB enthält, nicht ausdrücklich erklären muß. Sein Schweigen kommt demnach einer Willenserklärung, die die Abgabe eines Schuldanerkenntnisses darstellt, gleich. Da Schuldanerkenntnisse

---

1) =Nr.38 AGB-Sp
2) Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 25 f
3) Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 116, Anm. 3 b) aa)

für Kaufleute gemäß § 350 HGB, im übrigen gemäß § 782 BGB für Saldenabschlüsse formfrei erklärt werden können, stehen der Wirksamkeit eines derartigen Vertrages insoweit auch keine Hindernisse entgegen [1].

Die Klauseln räumen dem Kunden eine Erklärungsfrist ein, innerhalb der er eine zu beanstandende Mitteilung der Bank monieren muß. Diese Erklärungsfrist beträgt für Rechnungsabschlüsse vierzehn Tage vom Zugang der Mitteilung an, bei unrichtigen Wertpapier- und Devisenauftragsausführungsbestätigungen ist eine umgehende Benachrichtigung der Bank erforderlich. Die Fristen können nicht beanstandet werden, denn sie entsprechen durchaus dem an Treu und Glauben orientierten Duldbarkeitsgrad. Das gilt sowohl für die Zwei-Wochen-Frist aus Nr. 15 AGB als auch für die wesentlich verkürzte Frist aus Nr. 32 und 35 AGB, die ihren Grund in dem aus den täglich schwankenden Börsenkursen resultierenden größeren Risiko findet. Der Kunde wird dadurch jedoch keineswegs unzumutbar in seinen Rechten beschnitten, da ihm, wie unten noch ausgeführt wird, auch ein späteres Monitum weitgehend seine Ansprüche gegen die Bank erhält. Die Fristen bleiben auch dann wirksam, wenn der Kunde auf die Zusendung der betreffenden Schriftstücke - etwa aus Kostengründen - verzichtet hat, denn dem "Zugang steht das Zugänglichmachen " gleich [2].

5.11 Sonderhinweise zu Nr. 15 AGB

Während der Begriff der "Wertpapieraufstellungen" von den regelmäßig zu Jahresultimo, in besonderen Fällen auch zu anderen Terminen erstellten Bestandsverzeichnissen der einzelnen Kundendepots ausgefüllt wird, sind unter "Rechnungsabschlüssen" die gemäß Nr. 14 Abs. 1 AGB gewöhnlich halbjähr-

---

1) Ebenso Götz, a.a.O., S. 26 f ; s.a. BGH v. 27. Januar 1958, WM 1958, S. 620 ff, 621

2) Schütz, a.a.O., S. 19, Anm. 4 zu Nr. 19

lich - bei stark debitorischen Konten auch häufiger - verfaßten Saldenschlußnoten zu verstehen. Sie unterscheiden sich von den gewöhnlichen Tagesauszügen, die nur eine "sonstige Abrechnung"im Sinne von Nr. 15 Satz 3 AGB darstellen [1] und im Bedarfsfall "unverzüglich", das heißt nach möglicher Kenntnisnahme, beanstandet werden müssen, dadurch, daß in ihnen erstmals innerhalb des abgelaufenen Semesters Zinsen, Provisionen und Auslagen abgerechnet werden [2] und damit die Höhe der zwischen Bank und Kunden bestehenden, gegenseitigen Forderung und Verbindlichkeit abschließend festgestellt wird [3].

Nun bewirkt also das Ausbleiben eines Widerspruchs innerhalb der Zwei-Wochen-Frist gegen Rechnungsabschlüsse und Wertpapieraufstellungen, innerhalb einer dem Kunden sonst möglichen Frist gegen alle anderen Abrechnungen und Anzeigen der Bank, daß der Schlußsaldo oder andere Maßnahmen der Bank dem Kunden gegenüber in Verbindlichkeit erwachsen. Das durch sein Schweigen konkludent erteilte abstrakte Schuldanerkenntnis [4] verhindert jedoch nicht, daß der Kunde für den Fall einer ihm erst später bekannt werdenden Unrichtigkeit der Bankmitteilung einen Anspruch auf Richtigstellung herleiten kann. Was für das ausdrücklich abgegebene abstrakte Schuldanerkenntnis gilt, nämlich die Revision der abgegebenen Willenserklärung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung [5], muß erst recht im Falle des durch Schweigen erteilten Anerkenntnisses gelten : stellt also der Bankkunde später fest, daß eine auf seinem Konto vorgenommene, ihn belastende Buchung zu unrecht erfolgte und der Bank dadurch ein Vermögenszuwachs entstand, so kann er den entsprechenden Betrag nach § 812 BGB zurückfordern [6]. Darüber-

---

1) BGH v. 28. Juni 1968, WM 1968, S. 967 ff, 968; a.A. OLG Celle v. 11. November 1960, WM 1960, S. 1398 ff, 1400
2) Schaudwet, Bankenkontokorrent..., S. 131
3) S.a. Obst-Hintner, a.a.O., S. 420 f mit Schaubild
4) Nach Ansicht des HOLG Hamburg (Urteil v. 25. Juni 1959, WM 1959, S. 1100 ff, 1103) soll der jährliche Depotauszug kein abstraktes Schuldanerkenntnis enthalten. Die Begründung dazu mag den entschiedenen Fall treffen, ist jedoch nicht allgemein übertragbar.
5) Soergel-Lippisch, §§ 780 - 781, Rdn. 43
6) Vgl. Koch, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen ...., S.70; Liesecke, Das Bankguthaben ..., a.a.O., S. 242

hinaus kann er auch, da es sich bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis um einen Vertrag handelt, wie die Vorschrift in § 781 BGB selbst ausdrücklich klarstellt, gemäß §§ 119, 123 BGB in Verbindung mit § 142 BGB seine stillschweigend abgegebene Willenserklärung anfechten und damit das Schuldanerkenntnis beseitigen, wenn die Umstände des Einzelfalls dies erlauben [1].

Diese dem Kunden trotz abgegebenen Schuldanerkenntnisses verbleibenden Möglichkeiten zur Wiederherstellung seiner vorherigen wirtschaftlichen und rechtlichen Situation werden auch nicht dadurch vereitelt, daß etwa der in Nr.15 S.2 AGB enthaltene Begriff "Ausschlußfrist" anzeigen soll, daß mit Akzeptierung dieser Geschäftsbedingungen und Unterlassung eines Einspruchs auf eine Anfechtung verzichtet oder einem konkludent geschlossenen Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB im Hinblick auf einen etwa bestehenden Anspruch aus § 812 BGB zugestimmt werden sollte. Ein solcher Inhalt kann dem Text der Klausel nach den aus § 157 BGB entwickelten Auslegungsregeln nicht zugemessen werden. Wollten die AGB-Aufsteller der Bestimmung diesen Sinn eingeben, so hätten sie sich klarer ausdrücken müssen. Unklarheiten einer AGB-Regelung führen jedenfalls immer zu einer Auslegung gegen ihren Verwender [2].

Der angeführte Bereicherungsanspruch steht dem Kunden selbstverständlich nicht zu, wenn er bei Abgabe seines Schuldanerkenntnisses, das heißt also innerhalb der Frist, die ihm zum Widerspruch eingeräumt war, von den der Anerkennung des Saldos entgegenstehenden Einwänden Kenntnis erhalten hat oder Kenntnis hätte nehmen können und trotz dieser Tatsache die Erinnerung unterließ [3]. Daher muß er es auch verantworten, wenn beispielsweise ein Angestellter, um die Aufdeckung der von ihm vorgenommenen Scheckfälschungen zu verdecken, die über die Belastungen Auskunft gebenden Tages-

---

1) v. Staudinger-Müller, a.a.O., § 781 Rdn.17, § 780 Rdn.30; RGZ 103, S.401 ff, 405
2) BGH v. 13. Dezember 1967, NJW 1968, S.591 mit Verweis auf BGHZ 5, S.111 ff, 115; BGHZ 24, S.39 ff, 45
3) Soergel-Lippisch, a.a.O., §§ 780 - 781, Rdn.50

auszüge unterschlägt. Selbst ein bei Prüfung dieser Schecks vorgekommenes Verschulden seiner Bank kann nicht zu einer Verlagerung der Schadentragungspflicht führen, denn das Schuldanerkenntnis enthält auch die Übernahme dieses Nachteils [1]. Nur dann kann ein Kunde einen aus der nachlässigen Prüfung gefälschter Schecks entstandenen Schadenersatzanspruch gegen sein Geldinstitut auch nach Ablauf der Erinnerungsfrist noch über § 812 BGB geltend machen, wenn er nachweist, daß er aus nicht in seiner Verantwortungssphäre liegenden Gründen erst später von der nicht gerechtfertigten Kontobelastung erfahren hat [2].

Sollte der Kunde in einem Tagesauszug wegen einer auf ihn ausgestellten Lastschrift, die auf einer dem Zahlungsempfänger gegebenen Einzugsermächtigung beruht, belastet werden, so wird, beschränkt auf diese Buchung, seine Widerspruchsfrist aus Nr.15 AGB auf sechs Wochen ausgedehnt. Das hat seinen Grund in folgendem: Gemäß Nr.III Abs.2 Abkommen über den Lastschriftverkehr [3] haben die durch ihre Spitzenverbände vertretenen deutschen Kreditinstitute sich gegenseitig zugesichert, daß sie einen innerhalb sechs Wochen nach Belastung des Kundenkontos bei der Empfängerbank gegen eine Lastschrift gerichteten Widerspruch des Kunden beachten wollen und der Rückbuchung des Lastschriftbetrages zustimmen wollen. Wenn auch die Kunden der beteiligten Institute nicht Vertragspartei dieses von der Bankaufsichtsbehörde gebilligten Abkommens [4] geworden sind und die beteiligten Geldinstitute nicht einmal verdeckt in ihrem Auftrag das Abkommen geschlossen haben [5], so wirken doch einzelne Bestimmungen wie die oben genannte für oder gegen die Kunden. Das gilt für den Einreicher von Lastschriften, der mit Abschluß eines Lastschriftvertrages mit seiner Bank einer Rückbelastung innerhalb der Widerspruchsfrist zustimmen muß,

---

1) Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.513; Schütz, a.a.O., S.19 Anm.4 zu Nr.19
2) vgl. OLG München v. 21. März 1969, Sparkasse 1969, S.193
3) s. bei Schütz, a.a.O., S.364 ff
4) Hagenmüller, Bankbetrieb Bd.III, S.62
5) s.a. oben 2.92, S.85 f

das muß jedoch auch für den Lastschriftempfänger gelten, denn er wird in Nr.III Abs.1 des Abkommens ausdrücklich als derjenige genannt, dem allein die sechswöchige Widerspruchsfrist zusteht; will die Bank des Zahlungspflichtigen hingegen der Lastschrift widersprechen, weil es etwa an einer Deckung des Kundenkontos fehlt, stehen ihr gemäß Nr.I Abs.1 a Lastschriftabkommen nur zwei Arbeitstage zum Widerspruch zur Verfügung. Wirkt also die Fristverlängerung aus Nr.III der Vereinbarung der Kreditinstitute für die Zahlungsverpflichteten begünstigend, so ist deren Hausbank aus dem Gesichtspunkt der Beachtung derer Interessen auch verpflichtet, im Falle eines berechtigten Widerspruchs, der sich etwa daraus ergeben kann, daß der Kunde einer Einzugsberechtigung des Zahlungsempfängers gar nicht zugestimmt hat oder er Einwendungen gegen das der Lastschrift zugrundeliegende Vertragsverhältnis erhebt, die begünstigende Wirkung des Abkommens innen weiterzugeben. Ein AGB-verwendendes Kreditinstitut kann also nicht, wie Engel [1] meint, nach Ablauf der in Nr.15 S.2 oder S.3 AGB bestimmten Fristen das Schweigen eines Kunden als Genehmigung der Belastung des Kundenkontos mit einer Lastschrift ansehen; diese Wirkung wird erst nach widerspruchslosem Ablauf der Sechs-Wochen-Frist erreicht. Daraus folgend entspringt die Stornierung des Lastschriftbetrages nach Ablauf der Fristen aus Nr.15 AGB, jedoch vor Ablauf der sechswöchigen Frist auch nicht einer kulanten Handlungsweise des Instituts des Zahlungspflichtigen [2], sondern es ist nach § 242 BGB dazu verpflichtet.

In zusammenfassender Beurteilung der AGB-Bestimmung Nr.15 stellt sich nunmehr folgende Rechtslage dar: Die Klausel ist zwar bis auf die oben geschilderte Ausnahme grundsätzlich wirksam, ihr kommt jedoch im Hinblick auf die Fristsetzungen kaum eine praktische Bedeutung zu, weil dem Kunden auch bei Terminüberschreitungen wegen unrichtiger Rechnungslegung

---

1) Engel, Rechtsprobleme um das Lastschriftverfahren, S.42
2) so Engel, a.a.O., S.45 f

ein Bereicherungsanspruch gegen die Bank verbleibt. In diesem Anspruch aus § 812 BGB des Kunden gegen seine Bank verbirgt sich aber auch gleichzeitig der Wert der Klausel für die Bank, denn den Kunden trifft im Falle seiner Geltendmachung die Beweislast darüber, daß der anerkannte Saldo des Kontokorrentverhältnisses auf einer unrichtigen Abrechnung beruht [1].

Es stellt sich hier die Frage, ob die aufgrund der Anspruchsveränderung sich umkehrende Beweistragungspflicht noch hingenommen werden kann, ohne daß dadurch die Interessenbasis des Kunden zu weit geschmälert wird. Grundsätzlich widerspricht es Treu und Glauben, dem den AGB unterworfenen Vertragspartner die Beweislast für Umstände aufzuerlegen, die in einem für Außenstehende nur schwer oder gar nicht einsehbaren internen Bereich des AGB-Verwenders wurzeln [2].

Solche Voraussetzungen sind auch im hier besprochenen Kunde-Bank-Verhältnis gegeben, dennoch erscheint die vorgenannte Beweislastregelung richtig. Das hat seinen Grund darin, daß für beide Seiten, den Kunden wie auch sein Kreditinstitut, ein Interesse daran besteht, in bestimmten Zeitabständen einen Saldo für das Kontokorrentverhältnis zu ermitteln, um Klarheit über die gegeneinander bestehende Forderung und Verbindlichkeit zu gewinnen. Da es den Kreditinstituten nicht, weil praktisch undurchführbar, zugemutet werden kann, von jedem einzelnen Kunden ein ausdrückliches Saldoanerkenntnis einzuholen, muß der Weg der Fristsetzung für einen Widerspruch gewählt werden, um den gleichen Erfolg erzielen zu können. Wenn die Umkehrung der Beweislast nun auch Folge dieses Saldoanerkenntnisses ist, steht der Kunde dadurch nicht rechtlos da, denn immerhin hätte er ja bis zu einem bestimmten Termin seine Erinnerung erklären können und damit seiner Bank die Nachweispflicht für die Richtigkeit der von

---

1) Soergel-Mühl, a.a.O., § 812 Rdn.202; Barchewitz-Nielsen, a.a.O., S.62 f; BGH v. 13. Dezember 1967, NJW 1968, S.591

2) BGHZ 41, S.151 ff, 153 f; BGH v. 28. März 1973, MDR 1973, S.741 f, 742

ihr vorgenommenen Buchungen übertragen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang Schaudwet [1] zuzustimmen, der vorschlägt, im Sinne einer für den Kunden klareren Regelung der Klausel Nr.15 AGB den mit einem Saldoanerkenntnis in Verbindung stehenden Passus zu entnehmen und stattdessen eine auf die Anerkennungsfrist für den Rechnungsabschluß hinweisende Bestimmung auf den periodischen Kontenabschlußmitteilungen abzudrucken [2]. Auf diese Weise könnten die Banken, ohne eines Rechtes verlustig zu gehen, die Beachtung und Bewahrung von Kundeninteressen deutlich dokumentieren.

5.12 Sonderhinweise zu Nr.32 S.1 und 3 und Nr.35 S.2 AGB

Nicht rechtzeitig angelegte Erinnerungen gegen Ausführungsbestätigungen von Wertpapier- und Devisenordern ziehen ebenfalls deren Anerkennung für den Kunden nach sich. In Bezug auf die Rechtsfolgen gilt also nichts anderes als bereits zu Nr.15 AGB gesagt. Frist und Art der Einlegung des Widerspruchs sind hingegen anders als dort geregelt. Diese Spezialbestimmung resultiert aus dem besonderen Charakter des Wertpapier- und Devisengeschäfts, bei denen aufgrund der laufenden Veränderung der Kurse längere Erinnerungsfristen zu bedeutenden Verlusten führen können. Wenn also die Banken von ihren Kunden einen sofortigen, mittels Telegramm oder Fernschreiben eingelegten Widerspruch gegen unrichtige Ausführungsanzeigen fordern, so kann der Bestimmung deshalb die Wirksamkeit nicht versagt werden. Es muß nämlich für den Durchschnitt der auf Kundenseite normalerweise an solchen Geschäften Beteiligten klar und einsehbar sein, daß in Wertpapier- und Devisengeschäften schnelles Handeln dem beidseitigen Nutzen dient. Wenn der Kunde dies einerseits von seiner Bank zu seinem Vorteil verlangt, muß es der Bank auch erlaubt sein, in den für sie wichtigen Fällen ein

---

1) Schaudwet, a.a.O., S.133; ebenso auch schon Haupt, a.a.O., S.123

2) Bei den schweizerischen Kreditinstituten seit Jahren übliches Verfahren, obwohl daneben eine entsprechende Klausel (Art.7) in den AGB der Banken erhalten geblieben ist; auch in Deutschland findet das Beispiel unter den Banken immer mehr Nachahmer.

gleiches Verlangen an den Kunden zu stellen. Besitzt der Kunde auch die Kaufmannseigenschaft, gehört es obendrein zu seiner kaufmännischen Sorgfaltspflicht, eine unklare Situation in seinen Geschäftsbeziehungen schnellstmöglich zu beseitigen. Die Forderung nach sofortiger telegrafischer oder fernschriftlicher Benachrichtigung der Bank wegen unrichtiger Ausführungsanzeigen unterliegt daher keinen Bedenken [1].

5.2 Nr.16, Nr.32 S.2 und 3, Nr.35 S.2 - Anzeigepflicht des Kunden gegenüber der Bank wegen Ausbleibens zu erwartender Mitteilungen

Nr.16 AGB

Das Ausbleiben zu erwartender Anzeigen, insbesondere über die Ausführung von Aufträgen jeder Art, über Zahlungen und Sendungen, ist der Bank unverzüglich nach Ablauf der Frist mitzuteilen, innerhalb deren die Benachrichtigung im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Andernfalls ist die Bank von jeder Schadenshaftung befreit. [2]

Nr.32 AGB

..... Erinnerungen wegen Nichtausführung von Börsenaufträgen sind sofort telegrafisch oder fernschriftlich nach dem Zeitpunkt abzusenden, an dem die Ausführungsanzeige dem Kunden im gewöhnlichen Postlauf hätte zugehen müssen. Andernfalls gelten die Abrechnungen, Anzeigen usw. oder die Nichtausführung als genehmigt. [3]

Nr.35 AGB [4]

Im Gegensatz zu den im vorangehenden Kapitel besprochenen AGB-Klauseln, nach denen der Kunde den Nachteil dafür tragen soll, daß er unrichtige Mitteilungen der Bank nicht rechtzeitig moniert, soll in den hier zur Rede stehenden Bestimmungen den Kunden dann das Haftungsrisiko treffen, wenn er

---

1) Ebenso BGH v. 18. Juni 1971, WM 1971, S.989 ff, 991
2) =Nr.10 Abs.2 AGB-Sp (ohne S.2 der entsprechenden Bank-Klausel)
3) =Nr.34 Abs.6 S.2 und 3 AGB-Sp
4) s.o. 5.1, S.129 f

nicht die von ihm innerhalb der Postlauffrist zu erwartenden Mitteilungen der Bank bei deren Ausbleiben anmahnt.
Diese Haftungsregelung verschärft den gesetzlichen Grundtatbestand des § 254 BGB, demzufolge der Kunde, der gegenüber seinem Geldinstitut ebenfalls gewisse Sorgfaltspflichten zu beachten hat, bei deren zu einem Schaden führenden Außerachtlassung dem Umfang seiner Schuld entsprechend zur Mithaftung verpflichtet ist. Während die Sparkassen in ihrer der Klausel Nr.16 AGB-Banken sonst entsprechenden Bestimmung Nr.10 Abs.2 AGB-Sparkassen die Haftungsregelung des § 254 BGB nur auf den Sonderfall der unterlassenen Anmahnung konkretisieren, gehen die Banken einen Schritt weiter und legen dem Kunden das gesamte Schadensrisiko aus einem nichtausgeführten Auftrag auf. Obwohl natürlich eine derartige Freizeichnung die Sperre des § 276 Abs.2 BGB nicht beseitigen kann und deshalb vorsätzliches [1] wie auch grob-fahrlässiges [2] zu einem Schaden führendes Verhalten der verfassungsmäßigen Vertreter und leitenden Angestellten einer Bank diese ersatzpflichtig macht, ist auch das dem Kunden unter der Voraussetzung der von ihm unterlassenen Mahnung verbleibende Haftungsrisiko noch zu groß, als daß es nach Treu und Glauben hingenommen werden könnte [3]. Wenn die Bank nämlich gegen ein, wenn auch geringes Entgelt eine Geschäftsbesorgung für einen Kunden übernimmt, so obliegt es ihr schon aus dem einfachen Vertragsverhältnis, darüberhinaus aber noch aus ihrer besonderen kaufmännischen Sorgfaltspflicht, den übernommenen Auftrag zu beachten und auszuführen. Demgegenüber wiegt das Ausbleiben einer Rüge zur Erinnerung der Bank an die von ihr übernommenen Vertragspflichten, zu der ein Kunde aufgrund seiner Treupflicht dem Vertragspartner gegenüber ebenfalls gehalten ist, jedenfalls nicht so schwer, als daß daraus die weitestmögliche Übertragung des Haftungsrisikos auf Letzteren abzuleiten wäre.

---

1) Baumbach-Duden, Anh.II zu § 406, Anm. zu Nr.16 AGB-Banken
2) Es gelten die gleichen Grundsätze, wie oben u. 3.3, S.101 f zur Haftung für Rat und Auskunft ausgeführt
3) gleicher Ansicht Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.514

Die Klausel kann daher in dieser Form nicht gebilligt werden und ist auf den durch § 254 BGB bestimmten Haftungsrahmen zurückzustufen. Die Aufteilung der Ersatzpflicht eines von der Bestimmung erfaßten Schadens sollte dabei zwischen Bank und Kunden so erfolgen, daß die Bank für den Teil aufkommen muß, der auch bei rechtzeitiger Mahnung des Kunden entstanden wäre, der Kunde dagegen für die darüberhinausgehenden Folgen einzustehen hätte. Ein solches Ergebnis könnte besonders auch im Hinblick auf Nr.32 S.2 und 3 und Nr.35 S.2 AGB als ausgewogen betrachtet werden, als dadurch der im Sektor Wertpapier- und Devisengeschäft erhöhten Sorgfaltspflicht des Kunden Rechnung getragen würde [1].

Wenn auch die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, sich noch nicht grundsätzlich zur Inhaltskontrolle der hier besprochenen AGB-Bestimmungen geäußert hat, so ist doch festzuhalten, daß für einen bestimmten Sachverhalt die oben vertretene Ansicht bestätigt wurde. So hat der Bundesgerichtshof [2] die Anwendung der Freizeichnung aus Nr.16 AGB ausgeschlossen, wenn ein für einen Kunden bestimmter Betrag durch Verschulden der Bank einem anderen Konto gutgeschrieben wird und der Kunde ein Ausbleiben der Zahlung nicht rügt. In einem derartigen Fall, so meinen die entscheidenden Richter, könne bei Mitverschulden des Kunden allein § 254 BGB eine Minderung der Ersatzpflicht der Bank bewirken. Allerdings steigt der Grad des Mitverschuldens des Kunden an, je länger er sich mit seiner Rüge Zeit läßt. Eine rechtzeitige, keinen Anlaß zu einer Mithaftung gebende Mahnung wird dann angenommen werden können, wenn sie innerhalb der Frist, die sich aus gewöhnlicher Bearbeitungsdauer des Auftrags bei dem Geldinstitut zuzüglich der üblichen Postlaufzeit berechnet, der Bank zugesandt respektive fernschriftlich oder telegrafisch übermittelt wird, wie das bei Wertpapier- und Devisengeschäften notwendig ist [3]. Dagegen wird

---

1) s.o. 5.12, S.137 f
2) BGH v. 8. Februar 1968, BB 1968, S.316 = WM 1968, S.368
3) Schütz, a.a.O., S.36 Anm.2 zu Nr.32

eine partielle Schadentragungspflicht des Kunden dann heraufbeschworen, wenn er mit einer Rückfrage sich solange Zeit läßt, bis auch bei widrigsten Umständen eine Ausführungsmitteilung seiner Bank vorliegen müßte [1]. Ungewöhnliche Rücklaufzeiten - beispielsweise verursacht durch Streiks - darf er nicht einfach hinnehmen, er muß sich vielmehr dann auf andere Weise von der Ausführung seiner Bankorder überzeugen.

Abschließend muß also festgestellt werden, daß die Freizeichnung in der in den hier vorliegenden Bestimmungen enthaltenen Form einer gerechten Interessenabwägung zwischen Bank und Kunden widerspricht. Einer Haftung des Kunden kann nur in dem Maße zugestimmt werden, wie ihr durch § 254 BGB Raum gelassen wird.

---

1) OGH Köln v. 16. März 1950, BB 1950, S.279 f, 279

6. Nr.23 AGB - Haftungsausschluß für die Folgen unerkannter Geschäftsunfähigkeit des Kunden

> Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Bank von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt. [1]

Bereits im Jahre 1911 wurde von Breit [2] den Banken vorgeschlagen, einen Haftungsausschluß für infolge von unerkannter Geisteskrankheit eines Kunden entstandene Schäden in ihre Geschäftsbedingungen aufzunehmen. Die Klausel Nr.23 AGB tauchte dann auch erstmals in den Jahren um 1920 in den Formularbedingungen der Banken auf, die Sparkassen übernahmen jedoch erst 1957 eine entsprechende Regelung in ihre AGB.
Obwohl auch die Rechtsprechung [3] und ein Teil der Literatur [4] der Bestimmung die Rechtswirksamkeit bestätigen, ist bis heute der Meinungsstreit um deren rechtliche Beurteilung noch nicht zum Erliegen gekommen. Insbesondere Schmidt-Salzer [5] greift die über AGB zur Vertragsbestimmung werdende Regelung mit dem Argument an, daß der von einem AGB-Aufsteller zu beachtende, mit Rücksicht auf den sozialpolitischen Schutzgedanken des abdingbaren Gesetzesrechts unaufgebbare Interessenkern des Kunden durch Anwendung einer solchen Klausel mißachtet werde. Zwar könne sich der Kunde in einem Individualvertrag durchaus eines ihm vom Gesetz her zustehenden Schutzes für die Folgen eigener Geistesschwäche begeben, in einem Formularvertrag müsse die Bank dagegen die Mindestanforderungen beachten, die de lege lata für einen geordneten Rechtsverkehr vorgesehen seien. Wenn

---

1) =Nr.3 Abs.2 AGB-Sp
2) Breit, Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäftsbedingungen, Bank A XI, S.140 ff
3) KG v. 14. Januar 1964, BB 1965, S.1006 f; BGH v. 16. Juni 1966, WM 1966, S.973; BGH v. 5. Mai 1969, NJW 1969, S.1485 = BGHZ 52, S.61 ff
4) Barchewitz-Nielsen, a.a.O., S.41; Liesecke, Die Haftungsausschlüsse,..., S.514; v. Brunn, Streitgespräch, a.a.O., E 35; Altjohann, Bankvertrag, S.98 f, dessen Begründung jedoch m.E. nicht haltbar ist
5) Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1971, S.1013 f

daher in § 105 BGB der Schutz des Geschäftsunfähigen über den Grundsatz der allgemeinen Verkehrssicherheit gestellt werde, so könne zumindest in AGB-Klauseln davon nicht abgegangen werden [1].

Vorausgesetzt, daß der Kunde bei Aufnahme seiner Rechtsbeziehungen zu dem AGB-verwendenden Kreditinstitut geschäftsfähig war [2], muß entgegen der oben angeführten Meinung die Freizeichnung aus Nr. 23 AGB durchaus als wirksam zwischen Bank und Kunden vereinbart angesehen werden, denn die zur Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln entwickelten Maßstäbe greifen hier nicht. Außer Zweifel steht zunächst, daß aus § 138 BGB eine Rechtswidrigkeit der Bestimmung nicht hergeleitet werden kann [3]. Das Treu- und Glaubenprinzip würde ihre Wirksamkeit nicht zulassen, wenn die grundsätzliche Interessenlage der Parteien, gemessen an den Normen des dispositiven Rechts, absolut oder ganz überwiegend einseitig zugunsten der AGB-aufstellenden Seite Berücksichtigung gefunden hätte. Hier steht das Interesse der Bank, sich vor Schäden aus von ihr nicht erkannten Mängeln in der Geschäftsfähigkeit des Kunden zu schützen dem Interesse des Kunden gegenüber, für die Folgen seiner gestörten Geistestätigkeit nicht haften zu müssen. Gegenüber dieser äußerlich gleichrangig einzustufenden Interessenlage gibt das Gesetz jedoch keinen Hinweis, welcher Seite es aufgrund umfassender Güterabwägung einen höheren Wert zumessen will. Insbesondere aus der Vorschrift des § 105 BGB kann keineswegs der Gedanke entnommen werden, daß es einer vollgeschäftsfähigen Person verwehrt sein sollte, für Situationen Vorsorge zu treffen, in denen es ihr an Geisteskraft mangelt. Wenn aber, wie auch Schmidt-Salzer zugesteht [4], in einem frei ausgehandelten Vertrag eine Gefahrtragungsregel nach Art der in Nr. 23 AGB gefaßten im Rahmen der Ver-

---

1) Im Ergebnis ebenso schon Haupt, a.a.O., S. 74 m.w.N. anderer Vertreter dieser Ansicht
2) BGH v. 16. Juni 1966, WM 1966, S. 973 - Leitsatz 2
3) Ebenso BGHZ 52, S. 61 ff, 63 ; Altjohann, a.a.O., S. 98
4) a.a.O.

tragsfreiheit Bestand hat, weil sie gegen kein gesetzliches Verbot verstößt und nicht einmal eine dispositive Bestimmung ablöst, so gibt es auch keinen Grund, warum die Freizeichnungsregel in den Bank-AGB unwirksam sein soll, zumal die Klausel für die durchschnittliche Kundschaft keinerlei Überraschungseffekt besitzt, sondern mit einer derartigen Bestimmung durchaus gerechnet wird [1].

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß die Klausel - wie übrigens auch eine derartige, frei ausgehandelte Vertragsbestimmung - wegen § 134 BGB unwirksam wäre, weil sie die Umgehung einer Schutzvorschrift für Geisteskranke vorsieht [2]. Die Bestimmung Nr.23 AGB steht weder im Widerspruch zum Text noch zum Schutzzweck der Vorschrift aus § 105 BGB. Hier erklärt vielmehr eine sich im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte befindliche Person, der die Folgen ihrer Entscheidung durchaus erkennbar sind, für einen Eventualfall, der durch die eigene Geschäftsunfähigkeit ausgelöst wird ebenso wie er auch durch ein anderes zufälliges Ereignis bedingt sein könnte, ihr Einverständnis mit einem sie dann treffenden Vermögensschaden [3]. Eine solche Verpflichtung kann in einem Bankvertragsverhältnis übernommen werden, und zwar nicht nur für die eigene Person, sondern natürlich erstrecht für Schäden, die auf diese Weise der Bank durch einen von dem Kunden benannten Vertreter entstehen [4].

Die Freizeichnung läßt sich im Einzelfall allerdings nur durchsetzen, wenn die Bank bei Annahme eines von dem Kunden im Zustand gestörter Geistestätigkeit erteilten Auftrages arglos war und ihr aus den Begleitumständen auch keine Anhaltspunkte erkennbar werden konnten, die auf die Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners hindeuteten. Für ihr Nichtverschulden trifft die Bank die Nachweispflicht [5].

---

1) s. BGH v. 16. Juni 1966, WM 1966, S.973 - Leitsatz 1
2) v. Staudinger-Coing, § 134 Rdn.3
3) BGHZ 52, S.61 ff, 63
4) So auch trotz grundsätzlicher Ablehnung der Klausel Haupt, a.a.O., S.75 f
5) BGHZ 52, S.61 ff, 64

Auch durch ein "Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB" würde den Banken die Verwendung dieser Klausel nicht verwehrt. Zwar schreibt der vorgelegte Entwurf [1] in § 6 Abs.2 Nr.1 vor, daß solchen Klauseln die Wirksamkeit entzogen ist, die gegen das Gerechtigkeitsgebot einer gesetzlichen Regelung verstoßen, indessen besteht eine dispositive Gesetzesnorm, die den gleichen Sachverhalt wie die Klausel betrifft, gar nicht. Der absolute und einseitige Schutz [2] für Geisteskranke gemäß § 105 BGB ist jedoch nicht geeignet, als vorbildlicher Maßstab einer gerechten gesetzlichen Regelung zu repräsentieren [3].

---

1) Bundesminister der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB, a.a.O.
2) s. auch Canaris in RGR-Komm. z. HGB, 3. Aufl., Anh. § 357 Rdn.1346
3) v. Brunn, a.a.O.; Liesecke, Das Bankguthaben ...., a.a.O., S.289

Nr. 24 AGB - Haftungsausschluß für Verfügungen Nichtberechtigter über Konten verstorbener oder in ihrer Geschäftsführungsbefugnis beschränkter Kunden

(1) Beim Ableben des Kunden ist die Bank berechtigt, die Vorlegung eines Erbscheins, eines Zeugnisses des Nachlaßgerichts über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen; sie darf auch denjenigen, der in einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift einer Verfügung von Todes wegen nebst zugehöriger Eröffnungsverhandlung als Erbe oder Testamentsvollstrecker bezeichnet ist, verfügen lassen, insbesondere mit befreiender Wirkung an ihn leisten. Werden der Bank ausländische Urkunden zum Nachweis des Erbrechts oder der Verfügungsbefugnis über den Nachlaß vorgelegt, so wird sie sorgfältig prüfen, ob die Urkunden zum Nachweis geeignet sind, haftet jedoch für die Eignung ebensowenig wie für Echtheit, Gültigkeit und Vollständigkeit sowie für richtige Übersetzung und Auslegung.
(2) Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Bank von einem Mangel in der Wirksamkeit derartiger Urkunden unverschuldet keine Kenntnis erlangt. Die Bank ist nicht verpflichtet, die Urkunden auf ihre fortdauernde Wirksamkeit zu prüfen.
(3) Entsprechendes gilt für Bestallungen von Vormündern, Pflegern, Konkursverwaltern usw. und ähnliche Ausweise. [1]

Ist ein Kunde der Aufsicht oder Führung eines Pflegers oder Vormundes unterstellt, wurde er gemäß § 6 KO oder gemäß § 58 VerglO durch ein Gericht von seiner Geschäftsführung entbunden oder ist ein Kunde verstorben, so obliegt es der Bank, sich aufgrund vorzulegender Urkunden von der Verfügungsberechtigung der Person zu überzeugen, die Anspruch auf die Vermögenswerte des Kunden erhebt. Nr. 24 AGB enthält die Voraussetzungen, unter denen eine Bank regelmäßig bereit sein wird, Verfügungen anderer Personen als der des Kontoinhabers zuzulassen; die Klausel begründet jedoch auch gleichzeitig die Freizeichnung für Fälle, in denen es der Bank trotz sorgfältiger Prüfung der vorgelegten Legitimation nicht gelungen ist, eine unberechtigte Verfügung zu verhindern.

---

1) =Nr. 5 AGB-Sp

Der Bestimmung muß die Rechtswirksamkeit bestätigt werden. So sind insbesondere Einwände dagegen, daß sich das AGB-verwendende Institut gemäß Abs.1, S.1 Halbsatz 2 im Regelfall mit der beglaubigten Abschrift eines Testaments nebst zugehörigem Protokoll der Eröffnungsverhandlung des Nachlaßgerichts zur Legitimation eines Erben oder eines Testamentsvollstreckers zufrieden geben darf, nicht ersichtlich, zumal die wegen ihres rechtsvermutenden Charakters (§§ 2365, 2368 Abs.3 BGB) höher stehenden Urkunden Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis nicht unbedingte Voraussetzung für Geschäfte des über den Nachlaß Verfügungsberechtigten im täglichen Rechtsverkehr sind. Für außergewöhnliche Geschäfte zwischen Bank und Rechtsnachfolger ihres Kunden wie etwa die Übertragung bestimmter dinglicher Rechte des Erblassers wird allerdings das Geldinstitut gehalten sein müssen, die Legitimation des Erben an Hand eines Erbscheins nachzuprüfen.

Die Einhaltung bankmäßiger Sorgfalt vorausgesetzt, kann es den Kreditinstituten auch nicht verwehrt werden, sich nach Art von Nr.24 Abs.1 S.2 AGB freizuzeichnen. Es kann von den Banken nicht verlangt werden, jedes ausländische Legitimationspapier, das dessen Inhaber zur Verfügung über ein nicht auf seinen Namen lautendes Konto berechtigen soll, auf rechtliche Einzelheiten hin zu untersuchen, zumal die Möglichkeiten zur Überprüfung ausländischer Rechtsvorschriften ohnehin beschränkt sind. Als Mindestvoraussetzung muß jedoch gefordert werden, daß aus der vorgelegten ausländischen Urkunde für die kontoführende Stelle klar und unzweifelhaft die grundsätzliche Berechtigung des in der Urkunde Genannten hervorgeht, die bei ihr ruhenden Vermögensteile des Kontoinhabers in Empfang nehmen zu dürfen [1]. Daß zur sicheren Feststellung eines solchen Inhalts einer in fremder Sprache gefaßten Urkunde eine korrekte Übersetzung notwendig ist, ist auch den Banken nicht unbekannt, wenn sie, wie die Praxis zeigt, regelmäßig die Vorlage einer beglaubigten Übersetzung derartiger Urkunden verlangen.

---

1) Ebenso schon Koch, a.a.O., S.228

Schließlich kann auch dem in Abs.2 der Klausel enthaltenen Haftungsausschluß die Zustimmung nicht versagt werden. Die Banken zeichnen sich darin für den Fall frei, daß die ihnen zum Zeichen der Verfügungsermächtigung über auf andere Namen lautende Konten vorgelegten Urkunden von Anfang an oder auch nachträglich unwirksam werden, ohne daß eine Bank davon Kenntnis erhält. Es kann sicher einem Geldinstitut nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn es nach einmaliger, für ordnungsgemäß befundener Vorlage eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, einer Bestallungsurkunde des Vormunds und anderer amtlicher Bescheinigungen nicht vor jeder Kontenverfügung erneut den Nachweis der Berechtigung des Verfügenden fordert oder, da etwa für Erbscheine und Testamentsvollstreckerzeugnisse nach deren Kraftloserklärung durch das Nachlaßgericht gemäß § 2361 Abs.2 BGB beziehungsweise § 2368 Abs.3 BGB der öffentliche Glaube aus § 2366 BGB entfällt [1] und für Bestallungsurkunden des Vormunds ein solcher überhaupt nicht vorgesehen ist [2], Erkundigungen an zuständiger Stelle über das Weiterbestehen der durch die Urkunde verbürgten Verfügungsberechtigung einholt [3]. Selbstverständlich gilt auch hier, daß die Kreditinstitute auftauchenden Zweifeln an der Wirksamkeit derartiger Urkunden entsprechend ihrer Sorgfaltspflicht nachzugehen haben, andernfalls sie zumindest den völligen Haftungsausschluß nicht für sich in Anspruch nehmen können [4].

---

1) Palandt-Keidel, a.a.O., § 2366 Anm.2
2) Palandt-Diederichsen, a.a.O., § 1791 Anm.1
3) So auch Hellner, Neufassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bank-B 1969, S.12
4) Zu allem auch Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.516

8. Besondere Freizeichnungen im Wertpapier-, Devisen- und Sortenhandel

Außer den bereits im Rahmen anderer Themenkreise besprochenen Freizeichnungsklauseln Nr. 32 und 35 AGB [1], Nr. 36 AGB [2] wie auch Nr. 37 - 39 AGB [3] aus dem Geschäftsbereich des Wertpapier-, Devisen- und Sortenhandels stehen in den folgenden Abschnitten noch die Nr. 31, 33 und 35 AGB zur Besprechung an, deren Haftungsausschlüsse speziell auf die Natur der aufgeführten Geschäftszweige abgestellt sind.

8.1 Nr. 31 Abs. 1, Nr. 35 Satz 2 AGB - Keine Gewähr für Ausführung von Börsenaufträgen am Tage ihres Eingangs

> Nr. 31 AGB
>
> (1) Briefliche Kauf- und Verkaufsaufträge ohne zeitliche Beschränkung werden als bis auf Widerruf, längstens bis zum Monatsschluß (dem letzten Börsentag des betreffenden Monats), telegrafische, telefonische und fernschriftliche als nur für den Empfangstag gültig vorgemerkt; doch werden Aufträge, die am Tage des Eingangs nicht mehr erledigt werden konnten, für den nächsten Börsentag vorgemerkt. Für Aufträge zum Kauf und Verkauf von Bezugsrechten gilt Ziffer 30 Abs.2. Für Ausführung von Börsenaufträgen noch am Tage des Eingangs wird keine Gewähr übernommen .[4]
>
> Nr. 35 AGB [5] [6]

Die vorliegenden Bestimmungen aus den AGB der Banken wiederholen in ihrer Aussage zum überwiegenden Teil Regeln, die ein als Kunde einem Kreditinstitut gegenüberstehender Kaufmann sich ohnehin als bekannt anrechnen lassen müßte, da sie als Handelsbrauch zu betrachten sind [7]. Dazu gehört sowohl die

---

1) s.o. 5.1, S. 129 ff; 5.2, S. 138 ff
2) s.o. 2.9, S. 79 ff
3) s.o. 4.2, S. 121 ff
4) =Nr. 35 AGB-Sp
5) s.o. 5.1, S. 129 f
6) Die mit Nr. 35 AGB-Banken vergleichbare Regelung Nr. 38 AGB Sparkassen nimmt keinen Bezug auf die der Nr. 31 AGB-Banken entsprechende Nr. 35 AGB-Sparkassen
7) Vgl. Dove-Meyenstein, Gutachten über Handelsbräuche, Bd. 4, S. 553, Nr. 2700

Feststellung, daß briefliche Kauf- und Verkaufsorder für Wertpapiere und Devisen, in denen ein spätester Gültigkeitstermin nicht angegeben ist, mit Monatsultimo erlöschen wie auch die erst in neuerer Zeit entstandene Usance, nach der telegrafische, telefonische und fernschriftliche Aufträge, da sie ihrem Charakter nach auf einen augenblicklich herrschenden Börsentrend ausgerichtet sind, nur am Eingangstag Beachtung durch die Börsenhändler finden. Nach Börsenschluß im Eilnachrichtenverkehr einlaufende Kundenorder werden für den kommenden Börsentag vorgemerkt und erlöschen mit Ablauf dieses Tages. Diese im kaufmännischen Verkehr bekannten Gebräuche werden mit Hilfe der Klausel auch den Kunden gegenüber verbindlich, auf die nicht die Vorschriften des Handelsgesetzbuches Anwendung finden.
Daneben erlangt die in Nr.31 Abs.1 S.3 AGB enthaltene Freizeichnung erst durch Aufnahme in die Klausel allen AGB-Unterworfenen gegenüber Geltung. Dieser Haftungsausschluß der Banken kann den Kunden jedoch zugemutet werden, zumal die Entgegennahme von Börsenaufträgen und insbesondere deren Ausführungsversuch am gleichen Tage von den Banken als Entgegenkommen gewertet werden muß, auf das ein Anspruch wegen der Unwägbarkeiten des voraussichtlichen Börsenablaufs - man denke beispielsweise an die unvorhersehbare Kursentwicklung, an unterschiedliche Quantitäten der zu einem bestimmten Kurs angebotenen oder nachgefragten Wertpapiere beziehungsweise Devisen, auch an die Belastung der Börsenhändler, die während einer laufenden, hektischen Börsensitzung mit zusätzlichen Ordern versehen werden - nicht erhoben werden kann. Der Freizeichnung ist die Rechtswirksamkeit daher nicht zu versagen.

8.2 Nr.33 Abs.1 AGB - Keine Haftung wegen nicht erfolgter Auslieferung gezeichneter Aktien durch die Aktiengesellschaft

(1) Bei Geschäften in Aktien, deren endgültige Stücke noch nicht im Verkehr sind, trägt der Kunde die Gefahr der Beeinträchtigung des Aktienrechts vor

Lieferung der Stücke. Für die Ausgabe der Stücke seitens der Aktiengesellschaft haftet die Bank nicht. [1]

Sollen Teihaberrechte einer Aktiengesellschaft dem Publikum angeboten werden, sei es nun aufgrund der Neugründung einer solchen Kapitalgesellschaft, sei es aufgrund des Beschlusses der Hauptversammlung einer AG, eine Kapitalerhöhung vorzunehmen, oder aus anderem Grund, bedient sich der Aktien-Emittent in den meisten Fällen der Hilfe von Kreditinstituten. Neu in den Handel gelangende Teilhaberrechte werden dabei in der Regel von den Banken zunächst zur Zeichnung aufgelegt; die Ausgabe effektiver Stücke der Aktien beziehungsweise eine Gutschrift auf Girosammelkonto erfolgt dagegen erst später. Für den Fall, daß den AGB-Verwendern ein Mangel an den veräußerten Rechten , der eine Ausgabe der Aktienurkunden seitens der Aktiengesellschaft verhindert, bei Zeichnung durch den Kunden unbekannt geblieben ist, greift die Freizeichnung aus Nr. 33 Abs. 1 AGB ein.
Diese Freizeichnung stellt eine Abbedingung der Haftungsvorschrift aus § 437 Abs. 1 BGB dar, der kein zwingender Charakter zukommt [2]; sie kann insbesondere auch wirksam in allgemeinen Geschäftsbedingungen durch eine Klausel wie die vorliegende abgelöst werden. Das findet seinen Grund darin, daß es für die mit der Entgegennahme von Zeichnungen beauftragten Institute, die regelmäßig ihre Zeichnungslisten über einen Zeitraum von mehreren Tagen geöffnet halten, nicht möglich sein wird, sich bei jeder Zeichnung eines Anteilsrechts durch einen Kunden erneut davon zu überzeugen, daß inzwischen keine Rechtshindernisse, die etwa aus einer Nichtigkeitserklärung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses [3] ebenso resultieren könnten wie aus einem plötzlichen und unvorhersehbaren Eingriff staatlicher Gewalt in das Unternehmen des Emittenten, der Ausgabe der angebotenen Aktien entgegenstehen. Natürlich kann eine

---

1) =Nr. 36 Abs. 1 AGB-Sp
2) Palandt-Putzo, a.a.O., § 437 Anm. 1c)
3) Schütz, a.a.O., S. 37, Anm. 1 zu Nr. 33

Bank sich nur dann auf den Haftungsausschluß berufen, wenn sie vor Auflegung der entsprechenden Zeichnungslisten die wirtschaftliche Lage der Aktiengesellschaft als tadellos erkannt hat [1] und ihr aufgrund gewissenhafter Prüfung keine Zweifel am rechtlichen Bestand der neu geschaffenen Teilhaberrechte gekommen sind. Während der Zeichnungsfrist ihr zu Ohren kommenden Hinweisen über eventuell die Ausgabe der Aktien verhindernde Umstände muß sie nachgehen und je nach Lage des Falles die Zeichnung bis zur Klarstellung unterbrechen oder sogar jede weitere Zeichnung verhindern.
Hat die Bank ihren Kunden gegenüber diese Grundsätze beachtet, greifen die Rechtsfolgen aus § 323 BGB ein: Die Bank wird von ihrer Lieferungsverpflichtung frei und ist zu keiner Schadenersatzleistung verpflichtet; sie verliert jedoch auch den Anspruch auf Gegenleistung des Kunden.
Die Freizeichnung umfaßt nur die Folgen eines im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bestehenden, unerkannten Rechtsmangels. Für solche im Zeitraum zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft entstehenden Hindernisse bedarf es des Haftungsausschlusses nicht, da hierfür nicht § 437 Abs.1 BGB eingreift, sondern die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts. Bei schuldhafter Vereitelung der Ausgabe effektiver Stücke durch das die Teilhaberrechte veräußernde Institut richten sich daher die Rechtsfolgen nach § 325 BGB, andernfalls kommt § 323 BGB zum Zuge [2].

Die Freizeichnung ist in dem geschilderten Rahmen für die Bankkunden zumutbar und daher rechtswirksam.

8.3 Nr.33 Abs.3 AGB - Keine Haftung bei Verstoß des Kunden gegen § 71 AktG

(3) Läßt ein abhängiges oder ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen der Vorschrift des § 71 des

---

1) Dazu ist eine Emissionsbank auch aus dem Gesichtspunkt der Vorschrift in §§ 45 ff. BörsG verpflichtet, um nicht in die Gefahr der Prospekthaftung zu geraten - s. Canaris in RGR-Komm. zum HGB, 3. Aufl., Anhang zu § 357, Anm. 1069 ff

2) RGZ 143, S.20 ff, 22

> Aktiengesetzes zuwider Aktien der herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft durch die Bank anschaffen, so haftet es für alle der Bank daraus erwachsenden Schäden. [1]

In der Klausel Nr.33 Abs.3 AGB wird dem Kunden die Haftung für den Schaden einer AGB-verwendenden Bank auferlegt, der die Bank deshalb treffen könnte, weil ein im Auftrag des Kunden getätigtes Wertpapiergeschäft wegen § 71 Abs.4 S.2, 2. Halbsatz AktG der schuldrechtlichen Nichtigkeit unterliegt. An die Beurteilungskriterien für die Rechtswirksamkeit dieser AGB-Bestimmung können geringere Anforderungen als üblich gestellt werden, weil es sich bei dem Gegenüber der Bank wohl ausschließlich um eine Person handelt, der die Kaufmannseigenschaft zuzuerkennen ist. Ausgehend davon, daß dem Kreditinstitut, das mit der Anschaffung von Aktien der das Kundenunternehmen beherrschenden oder mehrheitlich kontrollierenden Gesellschaft beauftragt wurde, im Einzelfall die in § 71 Abs.4 AktG beschriebene Verbindung der Unternehmen nicht erkennbar werden konnte, erscheint eine Haftungsübertragung auf den Bankkunden angemessen, denn immerhin ist der Ursprung einer aus § 71 AktG bedingten Schadensgefahr in der Wirtschaftssphäre des Kunden zu suchen [2], der letztlich dafür auch einstehen kann. Die grundsätzlich von mit Wertpapierkäufen betrauten Instituten zu fordernde Aufmerksamkeit, die die Beachtung der in § 71 AktG liegenden Verbote umfaßt, wird jedoch hinsichtlich der mit der hier besprochenen AGB-Klausel in Zusammenhang stehenden Vorschrift praktisch schon dadurch erschwert, daß eine Beherrschung oder Abhängigkeit des Kundenunternehmens von einer AG keinesfalls immer augenfällig oder überhaupt für Außenstehende feststellbar ist, bedenkt man, daß der "abhängige" Kunde sogar als Einzelkaufmann firmieren kann [3]. Einer Haftungsübernahme durch den AGB-unterworfenen Kunden steht in diesem Zusammenhang ein Hindernis nicht entgegen.

---

1) =Nr.36 Abs.3 AGB-Sp
2) So auch richtig Schütz, a.a.O., S.37 Anm.3 zu Nr.33
3) Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, § 71 Anm.18

9. Nr. 40 Abs. 1 und Abs. 2 AGB - Folgen verspäteter Vorlegung von Wechseln und Schecks

> (1) Bei Aufträgen zum Einzug haftet die Bank nur dann für rechtzeitige Vorlegung und Protesterhebung oder Einholung der Vorlegungsbescheinigung, wenn Schecks auf den Platz, an dem sie eingeliefert werden, am zweiten, solche auf inländische Bankplätze am vierten Werktag vor Ablauf der Vorlegungsfrist mit der ersten Post eingehen, und wenn Wechsel auf inländische Bankplätze zum Zeitpunkt des Eingangs bei der Bank noch mindestens zwölf Tage laufen. Die Bank ist nicht verpflichtet, sich besonderer Eilmittel zu bedienen. Sie haftet nicht, wenn die nicht rechtzeitige Vorlegung auf höhere Gewalt oder sonstige von der Bank nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen ist. [1]
> (2) Die Bank übernimmt keine Haftung für rechtzeitige Vorlegung und Protesterhebung oder Einholung der Vorlegungsbescheinigung bei Wechseln und Schecks auf Nebenplätze und Auslandsplätze. Auch für sonstige wechsel- und scheckmäßige Behandlung haftet sie bei Wechseln und Schecks auf Auslandsplätze nicht. [2]

Die Bestimmungen in Nr. 40 Abs. 1 und 2 AGB enthalten Haftungsausschlüsse für insgesamt drei Fälle, die den Einzug von Wechseln und Schecks betreffen. Sie sind nicht etwa, wie Schütz [3] meint, auch für andere Einzugsaufträge verbindlich - dazu gibt der Wortlaut der Klausel nichts her. Hätten die AGB-Aufsteller die Klausel auch auf andere Einzugspapiere [4] ausdehnen wollen, so hätten sie dies klar zum Ausdruck bringen müssen; Unklarheiten gehen jeweils zu ihren Lasten.

Die Haftungsausschlüsse der Banken sollen für die Folgen einer nicht rechtzeitig vom Kunden bewirkten Einlieferung der zum Einzug vorgesehenen Wechsel und Schecks bei seiner Hausbank ebenso gelten wie für die aufgrund höherer Gewalt nicht rechtzeitig zu erreichende Vorlegung der Einzugspapiere bei dem bezogenen Institut als auch schließlich für eine den scheck- und wechselrechtlichen Bestimmungen zuwiderlaufende Behandlung der entsprechenden Papiere bei Ziehungen auf Auslands- und Nebenplätze.

---

1) z.T. Nr. 47 AGB-Sp
2) =Nr. 46 Abs. 7 AGB-Sp
3) Schütz, a.a.O., S. 41, Anm. 1a zu Nr. 40
4) Gemeint sind laut Schütz, a.a.O., die in Nr. 44 Satz 4 AGB ausdrücklich genannten Einzugspapiere Anweisung, Lastschrift und Rechnung.

Wenn die AGB-verwendenden Institute in der ersten der drei Freizeichnungen dem Kunden für den Einzug von Schecks und Wechseln bestimmte Einreichungsfristen setzen, nach deren Verstreichen sie für rechtzeitige Vorlegung nicht mehr haften wollen, so wird der Kunde dadurch in seinen Rechten nicht unzumutbar beschränkt. Die der Bank verbleibende Einzugsfrist von zwei Tagen für Schecks auf den Platz und vier Tagen auf andere innerdeutsche Zentralbankplätze ist nicht reichlich bemessen, stellt man auf die teilweise langen Postlaufzeiten und Verrechnungswege ab. Kürzere Fristen bei Scheckziehungen auf auswärtige Bankplätze würden den regelmäßigen Gebrauch von Eilmitteln erfordern, der den Instituten schon aus Kostengründen nicht möglich sein dürfte. Wenn sie sich deren doch, wie es die Praxis zeigt, im Einzelfall bedienen, so kann der Kunde gemäß Nr.40 Abs.1 S.2 AGB daraus allein noch keinen Anspruch herleiten, es sei denn, eine etwaige Verkürzung des verbleibenden Vorlegungszeitraumes wäre auf schuldhafte Versäumnisse der Einzugsstelle zurückzuführen [1]. Auch gegen den Termin zur Einreichung von zum Einzug bestimmter Wechsel spätestens am 13. Tage vor Verfall sind Einwände nicht ersichtlich, zumal ein Kunde sich bei Entgegennahme von Wechseln auf solche Bankgepflogenheiten einstellen kann.

Mit dem Haftungsausschluß aus Nr.40 Abs.1 S.3 AGB wird die Bestimmung aus Nr.25 AGB [2] für den Wechsel- und Scheckeinzug konkretisiert. Die AGB-Verwender verbessern durch die Klausel ihren Schutz vor den Folgen höherer Gewalt, der ihnen gemäß Art.54 Abs.VI WG und Art.48 Abs.V SchG nur begrenzt zugestanden wird. In Fällen höherer Gewalt, die von außen einwirkend eine Vorlegung von Schecks und Wechseln bei den Bezogenen innerhalb der gesetzlichen Fristen nicht zulassen und für die daher die Fristverlängerungen aus Art.48 Abs.I SchG und aus Art.54 Abs.I WG Anwendung finden, sind auch die

---

1) Ebenso Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.508
2) s.o. 2.8, S.76 ff

Banken gehalten, nach Beendigung der auf höherer Gewalt beruhenden Behinderungen die Vorlegung des Einzugspapiers bei dem Zahlungspflichtigen zu bewirken. Die Freizeichnung wird nur dann wirksam, wenn der Vorlegung ohne Sorgfaltspflichtverletzung des einziehenden Instituts ein Erfolg verwehrt bleibt.

Unter der gleichen Prämisse kann auch die Freizeichnung aus Nr.40 Abs.2 AGB als akzeptabel hingenommen werden. Es muß grundsätzlich dem Kunden überlassen bleiben, das aus der Entgegennahme von Wechseln und Schecks auf Neben- und Auslandsplätze resultierende Risiko selbst zu tragen, denn die damit verbundene Gefahr verlängerter Einzugszeiten entstammt seiner Wirtschaftssphäre. Bei Auslandsziehungen vergrößert sich das dem Kunden obliegende Risiko einer verspäteten Vorlage besonders auch dadurch, daß trotz äußerlicher Vereinheitlichung von Scheck- und Wechselgesetzen in verschiedenen Ländern die einzelnen Vorschriften über Vorlegung, Protesterhebung und so weiter häufig - so beispielsweise in Frankreich und den Niederlanden - in Anlehnung an frühere scheck- und wechselrechtliche Gepflogenheiten des Landes ausgelegt werden und daraus folgend dem deutschen Inhaber einer Scheck- oder Wechselforderung möglicherweise ein Nachteil erwachsen kann [1].

Die in Nr.40 AGB enthaltenen Freizeichnungen sind neben dem Einzugs- auch auf das Wechseldiskontgeschäft anwendbar. Wenn das auch nicht - im Gegensatz zu Nr.46 AGB-Sp - ausdrücklich aus dem Text der Bestimmung hervorgeht, so wird diese Ausweitung doch durch die von den Banken für die Nr.40 ff AGB gewählte Überschrift: "Einzugs- und Diskontgeschäft, Wechsel- und Scheckverkehr" gedeckt.

Für Versäumnisse und Nachlässigkeiten der bezogenen Bank oder der Zahlstelle eines Schecks oder eines Wechsels haftet die mit dem Einzug betraute Bank weder aus negativer Anwendung der Haftungsausschlüsse aus Nr.40 AGB noch aus Nr.9 Abs.1 S.2 Halbsatz 2 AGB [2]. Das folgt daraus, daß das Institut des

---

1) Schütz, a.a.O., S.42 Anm.9 zu Nr.40
2) s.o. 2.9, S.79 ff

Zahlungspflichtigen nicht Erfüllungsgehilfe der einziehenden Bank ist, sondern Vertragspflichten nur gegenüber seinen Kunden hat. Dem Wechsel- oder Scheckinhaber wegen schuldhaften Verhaltens der bezogenen Bank entstehende Schäden können daher nur letzterer oder dem Zahlungspflichtigen selbst gegenüber geltend gemacht werden [1].

1) OLG Köln v. 3. November 1952, BB 1953, S.305

10. Zusammenfassung

Die Überprüfung der den einzelnen Abschnitten dieser Arbeit zugrunde gelegten Freizeichnungsklauseln aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen der dem "Bundesverband des privaten Bankgewerbes e.V." angeschlossenen Institute führt hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit zu folgenden Ergebnissen:

1. Die Bestimmungen, die im Geschäftsverkehr zwischen den Banken und ihren Kunden eine Haftungsverschiebung zu Gunsten der Geldinstitute bewirken, können nach Maßgabe der von Rechtsprechung und Literatur zur Beurteilung derartiger Klauseln entwickelten Kriterien der Inhaltskontrolle und der interessengerechten Auslegung grundsätzlich als rechtswirksam anerkannt werden. Die von den abdingbaren Haftungsregeln des Gesetzes abweichenden Freizeichnungsklauseln entsprechen in ihrer weitaus überwiegenden Zahl einer ausgeglichenen, in Bankgeschäften gegenüber den allgemeinen, vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches bedachten Schuldverhältnissen veränderten Gefahren- und Interessenlage. Das gilt entgegen der Ansicht der Rechtsprechung auch für den Fall der zwischen Banken üblichen Scheckanfrage, auf den die Freizeichnung aus Nr.10 AGB unter bestimmten Voraussetzungen durchaus anwendbar ist.

2. Auch ein Haftungsausschluß ohne vergleichbares Pendant im Gesetz wie der aus Nr.23 AGB - Schadentragungspflicht des Kunden für einen von ihm der Bank im Zustand gestörter Geistestätigkeit zugefügten Vermögensnachteil - kann im Verhältnis der beidseitigen Interessensituation noch für tragbar angesehen werden. Die Grenze zur Rechtswirksamkeit liegt jedoch wegen des - nicht unbedingt für "gerecht" zu haltenden - Schutzgedankens aus § 105 BGB nicht fern.

3. Für insgesamt unwirksam in der vorgelegten Form muß jedoch die umfassende Freizeichnung aus Nr.16 AGB gelten. Es entspricht nämlich nicht mehr einer nach Treu und Glauben

ausgerichteten Geschäftsbesorgung einer Bank für ihren Kunden, wenn sie für den Fall des überwiegenden eigenen Verschuldens, das zu einem Schaden ihres Kunden führt und einer dagegen vergleichsweise nur geringen Mitschuld des Kunden diesem das volle Haftungsrisiko auferlegt. Die sich an § 254 BGB orientierende vergleichbare Haftungsregelung in Nr.10 Abs.2 AGB-Sparkassen sollte auch für die allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken richtungsweisend sein.

4. Ebenfalls in stark konträrem Verhältnis zu der Interessensituation der Kunden stehen die in Nr.8 Abs.1 AGB und Nr.10 SchB enthaltenen Beweislastregelungen. Diesen zufolge wollen die AGB-verwendenden Institute eine Haftung nur dann übernehmen, wenn der geschädigte Kunde sie einer schuldhaften Handlungsweise überführt, die ihnen im bankinternen, für Außenstehende kaum einsehbaren Geschäftsbereich unterlaufen ist. Solche Bedingungen verstoßen gegen den Rechtsgrundsatz aus § 242 BGB. Sie sind daher für rechtsunwirksam anzusehen und für die Kundschaft nicht verbindlich.

5. Nur mit Einschränkung zu billigen ist die Klausel Nr.4 Abs.3 AGB. So absolut, wie die Haftungsbestimmung in Satz 2 es ausdrückt, kann sich die Bank nicht freizeichnen, wenn sie Überweisungsgutschriften nur nach Kontonummern verbucht und es sodann wegen einer falsch angegebenen Kontonummer zu einer Falschbuchung kommt. Erst nachdem die Bank die ihr obliegende Sorgfaltspflicht beachtet hat, kann sie ihrem Kunden die Haftung für einen dennoch entstandenen Schaden zufallen lassen.

6. Die im übrigen regelmäßig anwendbaren Freizeichnungen unterliegen im Einzelfall in ihrem Gebrauch der Sperrwirkung aus § 242 BGB, wenn eine Bank sich, ihrer bevorzugten Haftungssituation bewußt, auf Kosten des Kunden eigene, den üblichen Ertragsrahmen sprengende Vorteile verschafft. Eine derartige, von Banken bewirkte "unzulässige Rechtsausübung" kann besonders häufig bei der der Nr.10 AGB unterliegenden Vermögensanlageberatung festgestellt werden.

Wenn sich also, wie die Untersuchung zeigt, die Freizeichnungsklauseln der Bank - AGB allgemein im Rahmen des für die Kunden Zumutbaren halten, so wird dies auch von der Rechtsprechung bestätigt. Dem Verfasser ist bisher jedenfalls keine Entscheidung bekannt geworden, die die Rechtmäßigkeit der besprochenen Bestimmungen absolut bestreitet oder auch nur in Frage stellt [1]. Für den Bereich der Bank-AGB erscheint aus allem daher eine AGB-Gesetzgebung überflüssig [2]; unverständlich bleibt somit die gerade auf die Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute bezugnehmende Forderung nach einer verschärften AGB-Kontrolle durch Gesetz oder Aufsichtsinstitutionen [3].

---

1) Ebenso Liesecke, Die Haftungsausschlüsse ...., S.516
2) So auch Möhring, Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1974, S.1691
3) Emmerich, a.a.O., S.361, 368; s.o.

Lebenslauf

Als Sohn des im September 1974 verstorbenen Rechtsanwalts und Notars Dr. Friedrich Wilhelm Ahner und seiner Ehefrau Ingeborg, geb. Busche, wurde ich am 5. Februar 1943 in Dresden geboren. Die durch die Zerstörung Dresdens und andere Kriegsereignisse bedingte Flucht führte meine Eltern und mich über verschiedene Stationen nach Bad Salzuflen, wo 1946 meine Schwester Barbara geboren wurde.

Nachdem mein Vater 1948 in Goslar erneut eine Anwaltskanzlei eröffnet hatte, folgte die Familie ihm 1949 dorthin nach. In Goslar besuchte ich die Volksschule von 1949 bis 1953, daran schloß sich der Besuch des Ratsgymnasiums der Harzstadt und der Jugenddorf-Christophorusschule in Elze/Hann. an.

Im März 1964 legte ich das Abitur ab. Ich begann meine akademische Ausbildung mit dem Studium der Humanmedizin an der Freien Universität Berlin, ließ mich nach zwei Semestern jedoch zur dortigen Juristischen Fakultät umschreiben. Vom Sommersemester 1966 an setzte ich mein Studium an der Georg-August-Universität zu Göttingen fort. Am 26. April 1971 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Im Juli 1971 begann ich eine bankkaufmännische Ausbildung bei der Deutsche Bank AG in Göttingen, die ich vom Mai 1972 an bei dem gleichen Institut in Hamburg fortsetzte. Die Bankkaufmannsgehilfenprüfung bestand ich am 28. September 1973 vor der Handelskammer Hamburg. Seit dem 1. September 1973 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht.

Meinen Wehrdienst leistete ich in den Jahren 1968 bis 1974 in Wehrübungen ab, deren letzte mit meiner Beförderung zum Leutnant der Reserve endete.

Am 13. August 1968 heiratete ich die Lehrerin Hiltrud Tröger aus Goslar.

difo-druck · 8600 bamberg · untere königstraße 30